# Ausführliche Erläuterung
der
# Pandecten
nach
# Hellfeld
# ein Commentar

von

**D. Christian Friedrich von Glück**

Geheimen Hofrathe und ordentlichem Lehrer der Rechte an der Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen, Ritter des Civil-Verdienst-Ordens der bayer. Krone.

---

Achten Theils zweite Abtheilung.

Zweite, unveränderte Auflage.

---

Erlangen
in der Palm'schen Verlagsbuchhandlung.
1847.

## Lib. VI. Tit. II.

# De publiciana in rem actione.

### §. 593. u. 594.

**Für welche Fälle ist die actio publiciana bestimmt. Ursprung derselben. Darstellung und Erläuterung des prätorischen Edicts.**

Wer nicht nach der Strenge des Rechts Eigenthümer war, konnte die Reivindication ehemals nicht anstellen. Quippe ita sunt proditae *iure civili* actiones, ut quis *dominium suum* vindicet, sagt Justinian[1]). In solchen Fällen mußte sich also der bonae fidei emtor bloß mit einem Regreß an seinen Auctor begnügen, wenn er nach der Strenge des Rechts in dem Eigenthumsprozeß unterlag. Hierzu diente ihm die actio emti, mit welcher er die Leistung des Interesse fordern konnte[2]), oder auch die actio ex stipulatu auf das im Evictionsfalle versprochene duplum, triplum, oder quadruplum[3]). Dergleichen Stipulation pflegte indessen nur vorzüglich bei

1) §. 4. *I. de actionib.*

2) *L.* 43. *D. de act. emti vend. L.* 16. §. 1. *D. de evictión.*

3) *L.* 56. *D. de evict.* In dieser Stelle muß mit Cujaz Observation. lib. XI. cap. 4. für *simpla* promittatur, *dupla* promittatur gelesen werden. Dies lehren auch die nachfolgenden Worte: *qui duplam promittit.*

Sachen von großem Werth errichtet zu werden [4]). Auf den Fall, daß der Verkäufer insolvent werden sollte, konnte und pflegte sich auch der b. f. emtor mit einer Caution vorzusehen. Wie gewöhnlich solche ehedem gewesen, lehrt Varro [5]). Allein wie leicht war es nicht möglich, daß ihm auch dieses einzige Mittel des Regresses vereitelt wurde? Es durfte ihm nur bei der Entwährung eigne Schuld zur Last fallen, sey es nun, daß der Besitz des Käufers durch seine Schuld verloren ging [6]), oder daß er den Rath des Verkäufers nicht befolgte, und das Rechtsmittel nicht gebrauchte, was ihm der Verkäufer vorschlug [7]), oder den letztern gar zur Vertretung aufzufordern unterlassen hatte [8]). Und wie, wenn der b. f. emtor auch ohne eigne Schuld, durch einen ungerechten Richterspruch sachfällig wurde? Hier half dem Käufer alle Cautionsleistung nichts. Denn der Regreß gegen den Verkäufer fiel weg [9]). Gesetzt aber auch, der b. f. emtor erhielt von dem Verkäufer oder dessen Bürgen volle Entschädigung, so konnte ihm doch weit mehr daran gelegen seyn, die Sache selbst zu

4) *L.* 37. §. 1. *D. de evict.*

5) *de lingua latina* Lib. V. edit. *Dordrac.* pag. 59. Varro nennt den Bürgen, den der Käufer wegen der Eviction verlangen konnte, *Vas.* In den Gesetzen der Pandecten wird er *auctor secundus* genannt. *L.* 4. *D. de evict.*

6) *L.* 29. §. 1. *De de evict.*

7) *L.* 66. *D. eodem.* Er hätte z. B. durch ein Interdict den Besitz leicht wieder erhalten können. Dennoch ergriff er die Reiindication. *L.* 24. *D. de rei vindicat.*

8) *L.* 55. §. 1. *D. de evict.*

9) L. 5. *L.* 51. *pr. D. eodem.*

haben. Und hier äußerte sich die größte Unbilligkeit des strengen Rechts darin, daß der b. f. emtor, weil ihm das römische Eigenthum (*dominium iuris quiritium*) fehlte, auch sogar einem solchen Besitzer weichen mußte, der nicht einmal eine bonae fidei possessio für sich anzuführen vermochte. Um diese Strenge zu mildern, führte der Prätor in allen solchen Fällen, wo dem Kläger das wahre römische Eigenthum fehlte, aber doch das Recht, die Sache zu haben, zu gebrauchen und zu benutzen vorhanden war, eine Klage ein, welche nach dem Namen ihres Erfinders *actio publiciana*[10]) genannt worden ist. Wer eigentlich der Urheber dieser Klage gewesen, läßt sich nicht ausfindig machen. Die meisten[11]) glauben, es sey der Prä-

10) Von dieser Klage handeln besonders *Bern. Henr.* Reinold in Diss. de Edicto publiciano (in *Opusc. iurid.* pag. 358. seq.) *Ge. Frid.* Kraus Observat. de indole actionis publicianae. *Vitembergae* 1749. *Phil. Iac.* Heisler Diss. de rei nunquam possessae per actionem publicianam vindicatione. *Halae* 1751. *I. H.* Ober Diss. de publiciana in rem actione s. rei vindicatione praetoria. *Argentor.* 1775. *L. G. van der* Horst Diss. de rei vindic. et public. in rem actione. *Lud. Bat.* 1784. *Io. Christ.* Woltaer actionis publicianae indoles et natura investigata. in Eius Observat. iuris civ. et Brandenb. fascic. II. Obs. 30. Westphal im System des R. R. von den Arten der Sachen §. 983. ff. S. 761. ff. und *Hier. Frid.* Schorch Diss. de actione public. adversus ipsum dominum competente. *Erfordiae* 1769.

11) *Franc.* Broeus Exposition. ad §. 4. I. de action. *Io.* Bertrandus de Iurisperitis. Lib. II. cap. 16. *Io.* Schilter Praxis iur. Rom. Exerc. XVI. §. 65. Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 345. Malblanc in Dig. h. t. §. 413.

tor Quintus Publicius, dessen Cicero[12]) gedenkt, und welcher im Jahr der E. R. 685 mit dem M. Junius die Prätur bekleidete. Allein daß diese Klage weit älter seyn müsse, hat schon Heineccius[13]) gezeigt. Es ist daher ganz irrig, wenn Sigonius[14]) die Einführung derselben erst in die Zeiten der Kaiser setzt. Daß indessen gerade der erste plebejische Prätor Q. Publicius Philo für den Urheber dieser Klage zu halten sey, und dieselbe daher eigentlich *actio Publiciana* geheißen habe, wie Johann Richei[15]) behaupten will, ist, bei der durchaus unbestrittenen Gewißheit der recipirten Leseart, eine Chimäre, welcher, wie Johann Wilhelm Hoffmann[16]) sehr richtig geurtheilt hat, auch nicht einmal das Lob eines sinnreichen Einfalls gebührt. Pighius führt in seinen Annalen einen gewissen L. Poblicius Malleolus, und M. Poblicius Malleolus auf, von denen der erstere im Jahr der Erb. Roms 516, der andere im Jahr der E. R. 519 die praeturam urbanam bekleidet hat. Einem von diesen, meint Reinold[17]), hätten wir die Erfindung der Publicianischen Klage zu verdanken. Es kann wohl seyn, nur verlange man hierüber keinen weitern Beweis.

12) *Pro Cluentio* cap. 45.

13) Antiquitat. Rom. iurisprud. illustrant. Syntagm. Lib. IV. Tit. 6. §. 28.

14) de Iudiciis Lib. I. cap. 17.

15) Vindiciae Praetoris Romani et Iuris honorarii. *Lugduni Batav.* 1748. 8. §. 16.

16) Disputat. et Observat. var. ad Pandect. Dissert. VII. §. 5.

17) Diss. cit. Cap. I. §. 4.

Das Edict selbst, so wie uns Ulpian [18]) desselben Worte aufbehalten hat, lautet folgendermaßen: *Si quis id, quod traditur ex iusta causa non a domino, et nondum usucaptum petet, iudicium dabo.* Allein derselbe Ulpian führt nachher [19]) noch Worte des Prätors an, nämlich: *Qui bona fide emit*, welche er erklärt, die doch in dem Edict selbst nicht enthalten sind. Schon mehrere haben daher erinnert, daß Ulpian die Formel des Edicts nicht vollständig dargestellt habe. Joh. Gottl. Heineccius [20]) restituirt daher die Worte desselben auf folgende Art: *Si qui bona fide emit, vel id, quod traditum ex iusta causa non a domino, et nondum usucaptum petet, nisi ea arbitrio iudicis restituetur, adversus eum, qui possidere dicetur, causa cognita iudicium dabo.* Im Ganzen stimmen hiermit auch Joh. Ortw. Westenberg [21]) und Joh. Wilh. Hoffmann [22]) überein. Nur Gerh. Noodt [23]) glaubt, die Worte *ex iusta causa* wären nicht ächt, sondern ein Zusatz vom Ulpian, welches aber darum gar nicht glaublich ist, weil sich gewiß Paulus, Julian und Marcellus [24]) in ihrer Auslegung des Edicts die Mühe nicht gegeben haben würden, einen unächten Zusatz zu erklären.

18) *L.* 1. *pr. D. h. t.*

19) *L.* 7. §. 11. *D. h. t.*

20) Opusc. postum. in quibus Historia Edictor. Edictique perpetui aliaque continent. pag. 469. sq.

21) Princip. iuris sec. ord. Digestor. h. t. §. 2.

22) Meletem. ad Pand. Diss. VII. §. 5.

23) Comment. ad Pand. h. t. Tom. II. *Operum* pag. 202.

24) *L.* 4. *L.* 6. *et* 7. *D. h. t. L.* 12. *D. eod.*

Ja auch Cajus in seinem Commentar[25]) stellt zum Beweis der Aechtheit jener Worte die Regel auf: Quaecunque sunt *iustae causae* adquirendarum rerum, si *ex his causis* nacti res amiserimus, dabitur nobis, earum rerum persequendarum gratia haec actio. Mit mehrerem Grunde würde sich die Aechtheit der Worte: *non a domino* bestreiten lassen. Denn Ulpian erklärt diese Worte nicht. Er führt vielmehr Beispiele an, wo der Eigenthümer seine Sache verkauft hat, und doch die Publiciana Statt findet, wenn nämlich der Eigenthümer nicht die Fähigkeit, das Seinige zu veräußern, hatte, und der Käufer dieses nicht wußte[26]). Hierzu kommt, daß zu Ulpians Zeiten noch der Unterschied zwischen res mancipi und nec mancipi, zwischen dem Eigenthum *ex iure Quiritium*, und dem Eigenthum einer solchen Sache, die man blos *in bonis* hatte[27]), gültig war. Daß nun der Prätor die actio publiciana auch für den Fall bestimmt hatte, wenn eine res mancipi durch simple Tradition, anstatt der erforderlichen Mancipation, von einem Römer auf den andern war gebracht worden, wenn dieser nämlich den Besitz wieder verlor, ehe durch eine hinzugekommene Usucapion das bei dem vorigen Eigenthümer zurückgebliebene nudum ius quiritium aufgehoben war, ist außer Zweifel[28]). Aus diesen Gründen hält Reinold[29]) die Worte

25) *L.* 13. *pr. D. h. t.*

26) *L.* 7. §. 2. *et* 4. *D. h. t.*

27) Man sehe hier nach, was von diesem Unterschiede oben §. 577. S. 48. ff. vorgekommen ist.

28) S. oben S. 66.

29) Cit. Diss. Cap. II. §. 2. in *Opusc*. pag. 375.

*non a domino* wirklich für einen unächten Zusatz, den vielleicht Tribonian selbst könne eingeschaltet haben, zu dessen Zeiten der Fall, si quis bona fide non a domino emerit, dessen Ulpian[30]) selbst Erwähnung thut, bei weiten der gewöhnlichste war, nachdem Justinian das nudum ius quiritium aufgehoben hatte. Dessen allen ungeachtet trage ich Bedenken, dieser Meinung beizutreten. Offenbar enthält das Edict, so wie es Heineccius restituirt hat, zwei verschiedene Fälle. Erstens den gewöhnlichen, da Jemand etwas b. f. kauft, ohne jedoch durch die Uebergabe ein römisches Eigenthum erworben zu haben. Hier wird weder gesagt, daß man non a domino gekauft, noch daß man vor vollendeter Usucapion den Besitz wieder verloren haben müsse. Beides ist hier absichtlich weggelassen. Ersteres darum, weil es Fälle gab, wo auch der Eigenthümer seine Sache verkauft hatte, ohne daß der Käufer durch die Uebergabe ein römisches Eigenthum erhielt, wie bereits oben bemerkt worden ist. Letzteres darum, weil die actio publiciana auch bei solchen Gütern und Grundstücken Statt hatte, welche der Besitzer vor Justinian gar nicht usucapiren konnte. Paulus[31]) sagt dieses ausdrücklich, und zwar an einem Orte, wo er mit der Erklärung des Publicianischen Edicts beschäftiget war. In vectigalibus, et in aliis praediis, quae usucapi non possunt, so schreibt er *libro* 19. *ad Edictum*, Publiciana competit, si forte bona fide mihi tradita sunt. Paulus versteht hier unter den letztern, die praedia stipendiaria et tributaria, wie sie Theophi-

30) *L*. 7. §. 11. *D*. *h*. *t*.

31) *L*. 12. §. 2. *D*. *h*. *t*.

lus[32]) nennt, welche überhaupt mit den agris vectigalibus große Aehnlichkeit hatten. Sie entstanden nur auf verschiedene Art. Jene wurden bei der Eroberung der Provinzen ihren bisherigen Eigenthümern gelassen, nur mit der Beschränkung, daß das römische Volk, außer dem Grundzins, auch das Obereigenthum sich vorbehielt. Agri vectigales hingegen wurden von dem römischen Volke oder von Städten an Leute in Erbpacht gegeben, die bisher kein Recht darauf hatten, und dem Verpächter verblieb, außer der jährlichen Erhebung, ein nudum ius quiritium. Darin aber kamen beide Arten der Güter mit einander überein, daß sie der Besitzer nur in bonis hatte. Theophilus sagt: Stipendiaria autem et tributaria praedia olim habentes ex concessione populi aut principis, domini non erant (sc. ex iure quiritium); nam dominium eorum vel apud populum erat, vel apud principem: *sed habebant in iis usum et fructum et plenissimam possessionem, ut transferre et ad heredes transmittere possent*. Das ganze Verhältniß war also demjenigen ähnlich, welches durch simple Tradition einer res mancipi entstand. Nur dadurch unterschied es sich, daß bei dem letzten die Usucapion das zurückgebliebene nudum ius quiritium aufhob, bei den Gütern aber, von denen Paulus redet, hatte, wie er selbst sagt, gar keine Usucapion Statt[33]). Nach dieser Ansicht ist es demnach höchst wahrscheinlich, daß der jetzt entwickelte erste Fall ein eignes Kaput des Publicianischen Edicts ausgemacht habe, wie

32) Paraphr. gr. Institut. Lib. II. Tit. 1. §. 40.

33) Man sehe hier vorzüglich von Savigny Recht des Besitzes §. 9.

auch Wilhelm Ranchinus glaubt, welcher dasselbe folgendermassen darstellt: *Qui bona fide emit, cui res emta eo nomine tradita est, quam postea amiserit; si ea res possessoris non sit, neque arbitrio iudicis emtori restituatur, nisi res talis sit, ut eam lex alienari prohibeat, eo nomine actionem dabo.*

Der zweite Theil des Publicianischen Edicts betrifft nun den Fall, da Jemand eine Sache oder ein Recht zwar durch einen gerechten Titel, aber doch nicht auf eine solche Art an sich gebracht hatte, daß die Erwerbung nach dem Civilrecht bestehen konnte. Die Sache brauchte also hier nicht gerade eine körperliche zu seyn. Denn hierdurch unterscheidet sich gerade die actio Publiciana von der rei vindicatio, daß erstere auch unkörperliche Sachen zum Gegenstande haben kann, z. B. Servituten. Ulpian[34]) läßt uns hieran nicht zweifeln, wenn er sagt: Si de *usufructu* agatur tradito, *Publiciana* datur. Itemque servitutibus urbanorum praediorum per traditionem constitutis, vel per patientiam; forte si per domum quis suam passus est aquae ductum transduci[35]); item rus-

34) *L.* 11. §. 1. *D. h. t.*

35) *Ger.* Noodt in Comm. ad Pand. h. t. pag. 203. hält diese Worte für ein Glossem, welches ausgestrichen werden müßte, weil Ulpian *L.* 1. *D. de Servit. praedior. rustic.* den aquaeductus unter die servitutes rusticas zählt. Allein daß dazu gar kein hinlänglicher Grund vorhanden sey, hat schon *Abrah.* Wieling in Lectionib. iuris civ. Lib. II. cap. 1. p. 87. seq. gezeigt. Daß der aquaeductus auch eben so gut als eine Servitus urbana constituirt werden konnte, erhellet aus *L.* 18. *et* 19. *pr. D. de servitut. urban. praedior.* und Vitruvius Lib. VIII. cap. ult. Es ist da-

ticorum; nam et hic traditionem et patientiam tuendam constat. Zur Bestellung des Usufructus wurde eigentlich nach dem Civilrecht eine cessio in iure erfordert[36]). War diese nicht geschehen, oder die Servitut von einem Nichteigenthümer constituirt, oder sie war eigentlich gar nicht constituirt, sondern man hatte sie blos per longum tempus jedoch weder gewaltthätig, noch bittweise, noch heimlich, aber doch in der Meinung, dazu berechtiget zu seyn, und ohne Widerspruch des Eigenthümers ausgeübt, so konnte zwar eine solche Servitut nach dem Civilrecht nicht bestehen[37]); allein der Prätor schützte dennoch den rechtmäßigen Inhaber derselben eben so, als wie er denjenigen für den rechtmäßigen Eigenthümer gelten ließ, der durch einen rechtmäßigen Titel und in gutem Glauben eine körperliche Sache jedoch von einem solchen an sich gebracht hatte, dessen Eigenthum, durch Nachweisung seines Rechtstitels, er nicht darthun konnte, so lange nämlich kein Anderer das

her auch keine Versetzung der Worte vorzunehmen, welchen Weg Reinold in Opusc. pag. 371. einschlägt.

36) Ulpian *Fragm.* Tit. XIX. §. 1.

37) In den Gesetzen der Pandecten wird dies *possessio ususfructus* genannt, wenn ein ususfructus nicht nach dem Civilrecht, sondern nur nach prätorischem Rechte bestehen konnte, im Gegensatz von *dominium ususfructus* oder von ususfructus, *qui iure consistit*. *L.* 3. *D. Si ususfr. petatur.* *L.* 1. *pr. D. Quib. mod. ususfr. amitt.* *L.* 29. *D. de usu et usufr. leg.* Eben so nannte man auch das prätorische Eigenthum, gleichwie das Recht an solchen Grundstücken, die der Römer ehemals blos in bonis hatte, z. E. das Recht an Provinzialgrundstücken, ferner an agris vectigalibus POSSESSIO, wie aus *L.* 115. *D. de verb. signif.* erhellet. S. Tit. de rei vind. §. 577. Not. 69. S. 65.

wahre Eigenthum erwiesen hatte. Daher konnte sich der eine, wie der andere, dem Edict gemäß, der Publicianischen Klage bedienen, wenn er in die Nothwendigkeit gesetzt war, sein Recht gegen den Dritten zu verfolgen, ehe er noch eine Usucapion zu erweisen im Stande war. Denn die Usucapion gieng zur Zeit des Publicianischen Edicts gewiß auch schon auf unkörperliche Sachen[38]); wenigstens wurde sie bei den Servituten durch die auctoritas Prudentum eingeführt, und Cicero[39]) spricht von dieser Usucapion als einem bekannten Rechte seiner Zeiten, wenn sie auch nachher durch die Lex Scribonia unter den Kaisern wieder aufgehoben ward[40]). Es scheint mir daher keinem erheblichen Zweifel unterworfen zu seyn, daß die Worte des Edicts: *id, quod traditum ex iusta causa non a domino, et nondum usucaptum petet* nach der Absicht des Prätors sowohl auf körperliche als unkörperliche Sachen gehen, sofern bei denselben nach den Grundsätzen des damals bestehenden Rechts eine Usucapion Statt hatte, wie diese Worte auch Reinold[41]) sehr richtig erklärt hat. Zwar behauptet Gerh. Noodt[42]), das Edict des Prätors gehe nur auf körperliche Sachen, weil sich bei diesen allein eine Tradition und Usucapion denken lasse; und fast alle neueren Rechtsgelehr-

38) S. Hugo Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts §. 153. (Berlin 1799.) und Dabelow über die Verjährung 1. Th. §. 23.

39) Orat. *pro Caecina* cap. 19. et 26.

40) Hierauf geht die Stelle aus Paulus in *L.* 14. *D. de Servitut.* S. Dabelow §. 37.

41) Opuscul. pag. 370.

42) Commentar. ad Pand. h. t. pag. 203.

ten [43]) sagen einstimmig, daß man es erst späterhin aus gleichen Gründen der Billigkeit auf unkörperliche Sachen ausgedehnt, und die Publicianische Klage auch in Ansehung anderer dinglicher Rechte gestattet habe, so fern sie nämlich der Verjährung unterworfen sind. Allein Ulpian redet von keiner actio publiciana utilis. Soviel ist indessen gewiß, daß die Publicianische Klage immer eine solche bonae fidei possessio voraussetzt, bei welcher ein animus sibi habendi Statt findet, so daß dadurch eine Verjährung wirklich begründet werden kann. Daher steht sie weder dem Pfandgläubiger, noch demjenigen zu, welchem der Besitz der Sache blos precario ist eingeräumt worden, wie Cajus [44]) sagt; welcher zugleich den Grund anführt: quia neque creditor, neque is, qui precario rogavit, *eo animo* nanciscitur possessionem, *ut credat se dominum esse.*

## §. 595.

### Begriff und Grund der Publicianischen Klage.

Aus allem ergiebt sich nun so viel, daß die Publicianische Klage diejenige prätorische Realklage ist, welche aus einem, zwar nicht nach dem Civilrechte, aber nach dem prätorischen Rechte als gültig bestehenden Eigenthume oder einem andern putativen dinglichen Rechte, welches durch Verjährung erworben werden kann, entspringt, und von demjenigen, der die Sache zwar in gutem Glauben und

43) Westphal vom Recht der Sachen §. 986. Hofacker Princip. iuris. Tom. II. §. 1029. Thibaut System de P. R. 2. B. §. 571. Weber zu Schmidts Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden §. 437. Not. k. u. a. m.

44) *L.* 13. §. 1. *D. h. t.*

durch einen rechtmäßigen Titel an sich gebracht, aber doch noch nicht so lange in Besitz gehabt hat, daß er das ihm übertragene Recht durch Usucapion hätte erwerben können, gegen einen jeden, aus weniger starken Rechtsgründen besitzenden, und dem Kläger sein Recht bestreitenden Inhaber der Sache dahin angestellet wird, daß dem Kläger das geklagte putative Eigenthum oder dingliche Recht zuerkannt, und der Beklagte angehalten werde, die Sache dem Kläger cum omni causa herauszugeben, oder ihn in der Ausübung des geklagten Rechts nicht ferner zu stören, auch alle verursachte Schäden und Kosten zu erstatten.

Soviel den Grund dieser Klage anbetrifft, so sind die Rechtsgelehrten hierüber nicht einverstanden. Die meisten[45]) setzen denselben in einem rechtlich fingirten oder prätorischen Eigenthume. Man sagt, der Prätor habe zur Begründung dieser Klage eine Verjährung angenommen, wo noch keine abgelaufen ist. Diese Meinung hat für sich 1) daß man durch jene Fiction die Publicianische Klage, welche nach dem Beispiel der Reivindication eingeführt worden, an das ältere Recht anzuschließen suchte. Denn auch nach dem strengen Civilrecht brauchte der Kläger sei-

45) Voet h. t. §. 2. Noodt in Comm. h. t. pag. 202. Schulting Thes. controv. Decad. XIX. §. 2. Alteserra de fictionib. iuris Tract. V. p. 132. *Ian. a* Costa und *Ev.* Otto in Commentar. ad §. 4. I. de actionib. Bachovius de actionib. Disp. III. Th. 16. pag. 72. Krause cit. Diss. de indole act. publicianae §. 4. seqq. Mencke introd. in doctr. de actionib. for. Sect. I. Cap. II. Membr. II. §. 6. Huber Eunom. Rom. pag. 318. seq. Hugo Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts §. 153. Emminghaus ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 1. not. y. Tom. I. pag. 512. u. a. m.

nes Vorgängers Rechtstitel nicht weiter zu erweisen, wenn er die Usucapion für sich hatte. 2) Alle Erfordernisse der Publicianischen Klage beruhen auf diesem Grunde, und es wird beständig von der Usucapion auf diese Klage der Schluß gemacht [46]). Hierzu kommt 3) die klare Stelle der Institutionen [47]). Plerumque ita permittit Praetor in rem agere, ut vel actor dicat, *se quasi usucepisse*, *quod non usuceperit*, vel ex diverso possessor dicat adversarium suum non usucepisse, quod usuceperit. Namque si cui ex iusta causa res aliqua tradita fuerit, (veluti ex causa emtionis, aut donationis, aut dotis aut legatorum) et necdum eius rei dominus effectus est: si eius rei possessionem casu amiserit, nullam habet in rem directam actionem ad eam persequendam: quippe ita proditae sunt iure civili actiones, ut quis dominium suum vindicet. Sed quia sane durum erat, eo casu deficere actionem: inventa est a Praetore actio, *in qua dicit is, qui possessionem amisit, eam rem se usucepisse, quam usu non cepit*, et ita vindicat suam esse: quae ACTIO PUBLICIANA appellatur. Dagegen aber wenden andere ein, 1) daß weder in dem Edict des Prätors selbst, noch in den Fragmenten der Rechtsgelehrten, welche in den Pandecten eine Erläuterung desselben enthalten, irgend eine Spur von einer erdichteten Usucapion, und einem darauf sich gründenden Eigenthume zu finden sey. 2) Habe die Publiciana Statt, wo man auch die Sache, die man mittelst dieser Klage in Anspruch nimmt, noch nicht in Besitz gehabt hat.

46) *L.* 7. §. 2. *et* 17. *L.* 9. §. 5. *L.* 11. §. 4. *D. h. t.*
47) §. 3. *et.* 4. *I. de actionib.*

Ulpian[48]) sagt z. B. Partus ancillae furtivae, qui apud bonae fidei emtorem conceptus est, *per hanc actionem* petendus est, *etiamsi ab eo, qui emit, possessus non est.* Ein anderes Beispiel giebt Paulus[49]). Is, sagt er, cui ex Trebelliano hereditas restituta est, *etiamsi non fuerit nactus possessionem*, uti potest PUBLICIANA. Nun lasse sich ohne Besitz keine Usucapion denken. Ja Paulus[50]) sage sogar, daß die Publiciana bei solchen Sachen Statt finde, *quae usucapi non possunt.* 3) Die Stelle in den Institutionen sey nicht nach den Worten zu verstehen, sondern wolle nur soviel sagen, mit der Publicianischen Klage könne man die Sache, die man b. f. und durch einen gerechten Titel an sich gebracht habe, deren Besitz man aber zufällig wieder verloren hat, ehe noch die Verjährung vollendet war, eben so vindiciren, als wenn man die Sache schon usucapirt gehabt hätte. Es sey also hier nicht von dem Grunde der Klage, sondern nur von der Wirkung derselben die Rede. Ueberdem könne Tribonians Ansehen auf keinen Fall die Auctorität der Rechtsgelehrten überwiegen, aus deren Schriften die von der Publiciana handelnden Stellen in die Pandecten aufgenommen sind. Aus diesen Gründen glauben daher einige Rechtsgelehrte[51]), die Klage habe in einem präsumtiven Eigenthume; an=

48) *L.* 11. §. 2. *D. h. t.*

49) *L.* 12. §. 1. *D. eodem.*

50) *L.* 12. §. 2. *D. eodem.*

51) S. *Phil. Iac.* HEISLER in Diss. de rei nunquam possessae per actionem publicianam vindicatione. Cap. I. und Hübner in den Berichtigungen und Zusätzen zu den Institutionen des röm. Rechts S. 130. folg.

dere[52]), sie habe in einer bonae fidei possessione, qualis requiritur ad conditionem usucapiendi, ihren Grund. Noch andere[53]) behaupten, daß zwar ursprünglich eine ficta usucapio bei dieser Klage zum Grunde gelegen, daher auch in Ansehung des Besitzes und der übrigen Erfordernisse alles nach den Grundsätzen von der Verjährung bestimmt worden. Nach und nach aber sey die Sache durch Auslegung der Rechtsgelehrten sehr erweitert, und die Publicianische Klage auch da gestattet worden, wo man ohne Uebergabe und Besitz ein wahres Eigenthum erwerben kann, ja man habe sie in der Folge sogar über die eigentlichen Gegenstände der Usucapion hinaus, auf unkörperliche Sachen erstreckt.

Nach meiner Ansicht ist der Grund der Publicianischen Klage Zuständigkeit eines nach dem prätorischen Recht bestehenden Eigenthums oder andern dinglichen Rechts, dessen Veräußerung oder Verjährung gesetzlich nicht verboten ist. Man kann daher nicht schlechthin behaupten, sie gründe sich blos in einem erdichteten oder putativen Eigenthume, weil sie auch denen zusteht, welche sich in Ansehung anderer dinglichen Rechte in einer die ordentliche Verjährung begründenden Lage befinden. Denn sie ist nicht blos zur leichtern Verfolgung des Eigenthums, sondern auch anderer

52) Woltaer Observat. iuris civ. et Brandenb. Fasc. II. Obs. 30. pag. 94. und Madihn ad *Mencken* doctr. de actionib. for. pag. 63. not. 156. et 162. pag. 65.

53) Westphal im System des Röm. Rechts von den Arten der Sachen §. 986. Hofacker Princip. iur. civ. Tit. II. §. 1029. Weber zu Schmidts Lehrbuch von Klagen §. 437. not. k. und Thibaut System des P. R. 2. B. §. 571.

dinglicher Rechte eingeführt, welche durch Verjährung erworben werden können, z. B. dinglicher und persönlicher Servituten. Daß nun der Prätor, bei Einführung dieser Klage zur Begründung derselben sich einer Fiction bedient habe, ist nicht zu läugnen, und die Erklärung, welche man von der die Sache so klar beweisenden Stelle der Institutionen macht, ist offenbar erzwungen, und den Worten derselben ganz entgegen. Man kann sich hiervon noch mehr durch die griechische Paraphrase des Theophilus [54]) überzeugen. Diese Fiction war nun zwar in den meisten Fällen die, daß die Verjährung als vollendet angenommen wurde. Indessen konnte dieselbe doch nur da Statt haben, wo sich der Kläger in einer die Verjährung begründenden Lage befand. Dies ist nun aber gewöhnlich nur dann der Fall, wenn das Eigenthum anders nicht als durch Uebergabe vermöge eines darauf abzweckenden rechtlichen Geschäfts erworben werden kann. Hier wird also zur Begründung der Klage schlechterdings ein bonae fidei possessio erfordert. Allein auch diese kann nicht als das alleinige Fundament derselben angenommen werden. Denn die publicianische Klage ist nach dem Beispiel der Reivindication eingeführt worden. Sie sollte also auch da Statt haben, wo nach dem Civilrecht das Eigenthum ohne Ueber-

54) Theophilus sagt in Paraphr. gr. ad §. 4. I. de act. nach der Uebersetzung von Reitz: *Praetor invenit actionem in rem, quam instituens dico,* (*quoniam hanc rem ex iusta causa, veluti venditione, donatione aut dote, bona fide possedi, et mihi usucapio currebat, atque interea ante usucapionis consummationem excidi*) Quasi Usuceperim: *si adparet, hanc rem mei esse dominii.*

gabe erworben wird. Ulpian giebt dies selbst ganz deutlich zu verstehen, wenn er sagt [55]): Sed cur *traditionis* dumtaxat et *usucapionis* fecit mentionem: cum satis multae sint iuris partes, quibus dominium quis nancisceretur? (sc. sine traditione) ut puta legatum; und Paulus [56]) setzt noch hinzu: vel mortis causa donationes factae; nam amissa possessione, competit Publiciana, quia ad exemplum legatorum capiuntur. Der Sinn dieser Worte geht dahin. Allein warum gedenkt der Prätor nur der Tradition und der Usucapion? etwa, um die publicianische Klage blos hierauf einzuschränken? Nein, es giebt außerdem noch viele andere Arten, wie man nach dem Civilrecht das Eigenthum erwirbt. Diese hat der Prätor hierdurch nicht ausschließen wollen. Daher findet die Publiciana Statt bei Vermächtnissen, ferner bei Schenkungen von Todeswegen, wenn solche auch der Legatar oder Donatar noch nicht im Besitz gehabt, sondern der Erblasser noch bei seinem Leben den Besitz verloren hatte. Dieses ist, wie ich glaube, der wahre Sinn dieser von vielen mißverstandenen Stelle. Mit mir stimmt hierin auch Noodt [57]) überein. Ich kann daher

55) *L.* 1. §. 2. *D. h. t.*

56) *L.* 2. *D. eodem.*

57) Comment. ad Dig. h. t. pag. 203. Verb. *Volens igitur* etc. Da heißt es ad *L.* 2. *D. cit.* Sensus: *Si res legata aut mortis causa donata sit a domino, qui amiserit eius possessionem: competit legatario, eiusque exemplo etiam donatario,* DIRECTA REI VINDICATIO, *etsi nulla intervenerit defuncti aut heredis traditio. Proinde si quid legatum aut mortis causa donatum sit a non domino, et ab eo casu abierit possessio; datur legatario, eius-*

denen[58]) nicht beipflichten, welche auch in solchen Fällen, wo das Eigenthum nach dem Civilrecht ohne Uebergabe erworben wird, zur Begründung der Publiciana erfordern, daß der Kläger sich in einer die ordentliche Verjährung begründenden Lage, und folglich in dem Besitz der Sache befunden haben müsse, welche Meinung schon Arnold Vinnius[59]), und nach ihm Phil. Jac. Heisler[60]) gründlich widerlegt haben. Mehrere Fälle, wo die Publiciana auch ohne gehabten Besitz gestattet wird, weil zur Erwerbung keine Uebergabe nöthig ist, sind schon oben vorgekommen. In solchen Fällen nun, wo sich keine Usucapion zur Begründung der Klage fingiren läßt, nahm der Prätor wegen des mit der bona fides vereinigten gerechten Titels die Erwerbung für vollendet an, und gestattete die Publiciana demjenigen, welcher den strengen Beweis des Eigenthums, den die Reivindication erfordert, zu führen nicht im Stande war.

*que exemplo donatario*, Publiciana; *licet ei a defuncto, eiusve herede tradita non fuerit possessio.*

58) *Ant.* Faber in Rational. ad L. 2. D. h. t. Voet in Comment. h. t. §. 11. Westenberg Princip. iuris sec. ord. Dig. h. t. §. 4. Heineccius in Opusc. postum. de historia Edictor. h. t. not. c. pag. 470. Kraus Observat. de indole actionis public. §. 13. seq. Emminghaus ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 1. not. y. Malblanc in Dig. h. t. §. 413. Tom. II. pag. 162. u. a. m.

59) Select. iuris Quaest. Lib. I. cap. 27.

60) Cit. Diss. Cap. 2. Man sehe auch *de* Cocceji ius civ. controv. h. t. Qu. 1. und Thibaut System des P. R. 2. B §. 572.

Nach diesem allen kann es nun wohl keinem gegründeten Zweifel mehr unterworfen seyn, daß die actio publiciana keine Personalklage, sondern zu den Realklagen zu rechnen sey. Justinian sagt dieses geradezu in einer Stelle [61]), die oben noch nicht vorgekommen ist, und welche hier einen vorzüglichen Platz verdient. Sie lautet so: Praeterea quasdam actiones arbitrarias, id est, ex arbitrio iudicis pendentes appellamus; in quibus, nisi arbitrio iudicis is, cum quo agitur, actori satisfaciat, veluti rem restituat, — condemnari debeat. Sed istae actiones tam in rem, quam in personam inveniuntur. *In rem*, veluti PUBLICIANA. Es erhellet dieses überdem auch daraus, weil der bonae fidei possessor, welcher eine Sache in gutem Glauben und durch einen solchen Titel an sich gebracht hat, wodurch man ein Eigenthum erwerben kann, in allen Verhältnissen, die nicht dem strengen Civilrecht eigenthümlich sind, dem Eigenthümer gleich behandelt werden soll. Paulus [62]) sagt ausdrücklich: Bonae fidei emtor *loco domini* pene est; und noch an einem andern Orte [63]) heißt es: *Bona fides* tantundem possidenti praestat, quantum *veritas*, (d. i. verum dominium) quoties lex impedimento non est.

61) §. 31. *I. de actionib.*

62) *L.* 48. *pr. D. de acquir. rer. dom.*

63) *L.* 136. *D. de reg. iuris.* Man sehe oben §. 577. Not. 30. S. 47.

## §. 596.

**Unterschied zwischen der Reivindication und der actio publiciana in Absicht auf den Beweis des Grundes der Klage.**

Die actio publiciana ist, wie bereits bemerkt worden, nach dem Beispiel der Reivindication eingeführt, und richtet sich daher nach den Bestimmungen derselben, so weit nicht die ihr eigenthümliche Natur eine Ausnahme macht. Zwar sagt Ulpian[64]): In publiciana actione OMNIA eadem erunt, quae et in rei vindicatione diximus. Allein daß dieser Ausspruch nicht ohne alle Einschränkung zu verstehen sey, darin sind alle Ausleger einverstanden. Ulpian schränkt ihn auch schon von selbst dadurch ein, daß er sich auf das bezieht, was er von der Reivindication gesagt hat. Nun läßt sich zwar freilich nicht vollkommen aus der Vergleichung seiner Fragmente, die aus dem lib. 16. ad Edictum genommen sind, errathen, in welcher Beziehung das alles auch von der Publiciana gelten soll, was er von der Reivindication gesagt hat. Daher sind auch die Ideen der Rechtsgelehrten hier sehr verschieden, indem einige[65]) glauben, Ulpian rede von dem officio iudicis, welchem bei der Publiciana der nämliche Wirkungskreis, wie bei der rei vindicatio, angewiesen sey, da sie beide zur Klasse der actionum arbitrariarum gehören. Ulpian sey also aus *L. 9. D. de rei vindic.* zu erklären. Andere[66]) hingegen halten vielmehr dafür, daß

64) *L. 7. §. 8. D. h. t.*

65) NOODT Commentar. ad Dig. h. t. in fin. pag. 207. und WOLTAER in Observat. iuris civ. et Brand. Fasc. II. Obs. 30. p. 98.

66) KRAUSE in Observat. de indole actionis publicianae §. XII.

jene Stelle aus dem Zusammenhange mit dem Vorhergehenden und Nachfolgenden ihr Licht erhalte. Da nun Ulpian in dieser Stelle von den mancherlei Rechtstiteln handelt, wodurch eine Sache an denjenigen gekommen seyn muß, der sich der Publiciana bedienen will, so habe er aller Wahrscheinlichkeit nach blos in Beziehung auf den Rechtstitel die Publiciana mit der Reivindication vergleichen wollen. Allein man kann mit vollkommenem Grunde sagen, daß die Publiciana die meisten Bestimmungen mit der rei vindicatio gemein habe; nicht blos was den Rechtstitel anbetrifft, auf welchen sich der Kläger hier eben so, wie bei der Reivindication, gründen muß, sondern auch in Absicht auf die Restitution der Sache selbst, so wie in Ansehung der Früchte derselben, und der Gegenforderungen des Beklagten, hier finden eben die Grundsätze, wie bei der rei vindicatio, Statt [67]). Nur in Absicht auf den Beweis findet sich zwischen beiden Klagen eine große Verschiedenheit, indem hier der Beweis bei weitem leichter ist, als bei der rei vindicatio in den nicht ausgenommenen Fällen (§. 585). Der Kläger braucht nämlich bei der Publiciana nur zu beweisen, daß er die in Anspruch genommene Sache durch einen solchen rechtmäßigen Titel an sich gebracht habe, wodurch man ein Eigenthum erwerben kann. Die bona fides des Klägers bedarf keines besondern Beweises, sondern wird aus dem Beweis des rechtmäßigen Titels so lange vermuthet, bis der Beklagte das Gegentheil dargethan hat [68]). Ein Beweis, daß der Kläger die

67) Voet Comm. h. t. §. 10. und Westphal vom Recht der Sachen §. 983.

68) *L.* 30. *C. de evict.* Wissenbach in Comm. ad L. 8. §. ult. Cod. de praescript. 30. vel 40. annor. Giphanius in Comm.

in Anspruch genommene Sache im Besitz gehabt habe, wird auch nur in den Fällen erfordert, wo zur Erwerbung des Eigenthums die Uebergabe nothwendig ist. Ulpian[69]) sagt: Ut Publiciana competat, haec debent concurrere: *ut et bona fide quis emerit, et ei res emta eo nomine sit* TRADITA. Caeterum *ante traditionem*, quamvis bonae fidei quis emtor sit, experiri Publiciana non poterit. Wo also das Eigenthum ipso iure erworben wird, da fällt dieser Beweis des gehabten Besitzes weg[70]). Auch darin besteht noch ein besonderer Vortheil des prätorischen Rechtsmittels vor der Civilklage des Eigenthums, daß der Kläger, welcher als bonae fidei emtor die in Anspruch genommene Sache an sich gebracht hat, hier nicht so, wie bei der rei vindicatio, beweisen darf, daß er seinen Auctor befriediget habe[71]). Denn da die Bezahlung des Kaufgeldes nur zum Uebergange des Eigenthums auf den Käufer erfordert wird, eine solche Uebertragung des Eigenthums aber, wenn der Verkäufer selbst nicht Eigenthümer war, ohnehin nicht möglich ist, so konnte der Prätor über diesen Umstand bei seiner Klage um so mehr hinausgehen, als derselbe auch auf die Uebertragung des Besitzes an sich keinen Einfluß hat[72]).

ad Tit. eund. Cod. pag. 257. und HOFACKER Princ. iur. civ. Tom. II. §. 971.

69) *L.* 7. §. 16. *D. h. t.*

70) STRUV Synt. iur. civ. Exercit. XI. Th. 43. und HOFACKER T. II. §. 1030. in fin.

71) *L.* 8. *D. h. t.* De pretio soluto nihil exprimitur. Unde potest coniectura capi, quasi nec sententia Praetoris ea sit, *ut requiratur*, *an solutum sit pretium.*

72) S. VOET h. t. §. 4. und besonders *Ant.* FABER de Erroribus Pragmaticor. P. IV. Decad. LXXXVI. Err. 5.

Aus diesem Beweis einer rechtmäßigen Erwerbung, welcher bei der Publiciana immer auf eine bei dem Kläger rechtlich angenommene Art von Proprietät berechnet ist, wird man sich nun noch mehr überzeugen, daß diese Klage eine actio in rem, und zwar nicht, wie Huber[73]) meint, in rem scripta, sondern eine wirkliche Realklage sey. Denn außerdem, daß Justinian ausdrücklich sagt, der Kläger vindicire mit der Publiciana die Sache als sein Eigenthum (vindicat, *suam rem esse*); so giebt uns auch noch insonderheit Ulpian[74]) hierüber einen sehr bündigen Beweis, wenn er, um uns zu belehren, warum der Kläger bei der Publiciana seine Intention immer durch eine *iusta causa*, d. i. durch einen solchen Titel begründen müsse, wodurch das Eigenthum einer Sache erworben werden kann, anführt: *Publiciana actio ad instar proprietatis*, *non ad instar possessionis*, *respicit.* Denn so verschieden auch diese Worte erklärt werden[75]), so geht doch offenbar der

73) Praelect. iuris civ. sec. Institut. Iustin. Lib. IV. Tit. 6. §. 7. in fine.

74) *L.* 7. §. 6. *D. h. t.*

75) *de* RETES in Opuscul. Lib. VIII. cap. II. (in *Thes. Meermann.* Tom. III. pag. 395.) meint, diese Stelle ziele dahin, daß bei der Publiciana das Verfahren, wie bei einer petitorischen Klage, und nicht, wie bei einem possessorischen Rechtsmittel, sey. Herr Prof. WOLTAER cit. Observat. Fasc. II. pag. 95. not. 8. erklärt sie so: *Actio publiciana ei conceditur*, *qui rem ad similitudinem proprietarii possidet*, *denegatur autem ei*, *qui absque animo rem sibi habendi possidet.* Westphal im System des R. Rechts über die Arten der Sachen §. 984. sagt: die Publiciana sey, wie die Rei vindicatio, ein petitorisches, und nicht possessorisches, Rechtsmittel. HEISLER cit.

Sinn derselben dahin, daß die Publiciana nach dem Beispiel der Reivindication, und nicht nach Art eines Interdicts gebildet sey, daher sey der bloße Besitz nicht hinreichend, sondern es müsse eine iusta proprietatis causa erwiesen werden können, wenn die Klage Statt haben soll, so wie diese Stelle unter allen Anton Faber [76]) am richtigsten erklärt hat.

## §. 597.

### Erforderniße der publicianischen Klage.

Zur Begründung der Klage erfordert man gewöhnlich alle Requisite der Usucapion, außer der noch nicht vollendeten Verjährungszeit. Dieses ist auch die Lehre unsers Verfassers. Allein da die **Publiciana** auch in solchen Fällen gestattet wird, wo der Kläger nicht in **conditione usucapiendi** war, insofern nämlich ein Eigenthum auch ohne Tradition erworben wird, so ist die gemeine Lehre nicht durchgehends anwendbar. Zur Begründung der Klage wird vielmehr alles dasjenige erfordert, ohne welches sich

**Diss. Cap. II. §. 41.** legt ihr den Sinn bei: ***Publiciana actio magis est effectus proprietatis**, **quam possessionis**.* *Carl. Andr.* Ducker in Opusc. var. de Latinitate ICtor. vet. p. 333. not. 12. hält hingegen die Worte für so dunkel, daß er geradezu gesteht, er verstehe den Sinn derselben nicht. Auch die *Basilica* Lib. XV. Tit. 2. bei Fabrotus Tom. II. pag. 224. geben hierüber keinen Aufschluß, sondern übersetzen sie so: *Η πεβλικιανὴ μίμησιν ἔχει δεσποτείας, καὶ ὀυ νομῆς.* Allein der Zusammenhang der Stelle mit den vorhergehenden und nachfolgenden Worten Ulpians giebt uns die beste Anleitung zur Erklärung derselben an die Hand.

76) Rational. ad Pand. h. l.

in der Person des Klägers kein Eigenthum oder dingliches Recht, je nachdem er dieses oder jenes mittelst dieser Klage verfolgt, rechtlich annehmen oder fingiren läßt. Dahin gehört nun,

1) daß der Kläger die Sache in gutem Glauben an sich gebracht habe. Auf die bona fides seines Auctors kommt es nicht an[77]). Nur bei beweglichen Sachen schadet die mala fides desselben, weil eine solche Sache wie eine res furtiva angesehen wird, sobald ein malae fidei possessor sie veräußert[78]). Nun ist Furtivität der Sache der Publicianae hinderlich[79]). Es fragt sich aber, nach welchem Zeitpunct die bona fides des Klägers zu beurtheilen sey? Braucht sie nur zur Zeit des geschlossenen Contracts vorhanden zu seyn? oder muß sie auch noch zur Zeit der Uebergabe fortgedauert haben? oder wird sie gar noch zur Zeit der angestellten Klage erfordert? Diese Frage war unter den alten römischen Juristen streitig, und ihre Fragmente haben den neuern Rechtsgelehrten neuen Anlaß zu Controversen gegeben. Unter den römischen Juristen waren die Sabinianer und Prokulianer hierüber ganz verschiedener Meinung. Letztere behaupteten, beim Kaufe sey es genug, wenn der Käufer zur Zeit des geschlossenen Contracts in bona fide ist; bei andern Contracten hingegen müsse man es zur Zeit der Tradition seyn. Erstere aber sahen auch beim Kauf auf die Zeit der Uebergabe. Sie erforderten also, daß der Käufer

77) *L.* 7. §. 11. *et* 15. *D. h. t.*

78) §. 3. *I. de usucap.*

79) *L.* 9. §. 5. *D. h. t.*

sowohl zur Zeit des geschlossenen Contracts, als zur Zeit der Tradition in bona fide seyn müsse [80]). Diese letztere Meinung wurde durch den Gerichtsgebrauch bestätigt. Hierher gehören folgende Stellen:

1) *L.* 7. §. 17. *D. h. t.* JULIANUS lib. 7. *Digestorum* scripsit, traditionem rei emtae oportere bona fide fieri: ideoque si sciens alienam possessionem adprehendit, Publiciana eum experiri non posse; quia usucapere non poterit. Nec quisquam putet, hoc nos existimare, sufficere *initio traditionis* ignorasse rem alienam, ut quis possit Publiciana experiri: sed oportere et TUNC bona fide emtorem esse. Die Ausleger streiten hier, worauf das TUNC gehe? Accursius bezieht es auf die Zeit des geschlossenen Kaufs, und ihm stimmt auch Reinold [81]) bei. Allein die meisten [82]) verstehen darunter die Zeit der Uebergabe. Das *initium traditionis* erklären sie also von der Zeit vor der Uebergabe, da nämlich der Contract geschlossen worden ist. Daß indessen die Erklärung des Accursius vorzuziehen sey, wird sich aus der folgenden Stelle ergeben.

2) *L.* 10. *pr. D. de Usurpat. et usucap.* Si aliena res bona fide emta sit, quaeritur, ut usucapio currat, utrum emtionis initium, ut bonam fidem habeat, exi-

80) S. CUJACIUS in Comment. ad L. 10. D. de usurpat. et usucap.

81) Exercit. de sequutae malae fidei adversus Publicianam exceptione §. 4. et 5. (in *Opuscul. iurid.* a IUGLERO editis pag. 674.)

82) *Ant.* FABER in Rational. ad L. 7. §. 17. D. h. t. not. b. *Henr. a* SUERIN Repetitar. Lection. iuris civ. cap. 44. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iuris Rom.* Tom. IV: pag. 90.) Westphal im angef. System §. 1008.

gimus, an traditionis? et obtinuit SABINI et CASSII sententia, *traditionis initium* spectantium. Diese Stelle ist wie die vorhergehende, aus eben desselben ULPIANI *libro* 16. *ad Edictum* genommen. Hier unterscheidet nun aber Ulpian ganz genau zwischen *initium traditionis* und *initium emtionis*, zum offenbaren Beweis, daß initium traditionis nicht die Zeit des geschlossenen Kaufs bezeichnen könne. Wir sehen ferner aus dieser Stelle, daß die Meinung des Sabinus und Cassius, welcher hier Ulpian beistimmt, den Vorzug vor der Meinung des Prokulus erhalten habe. Es muß jedoch in dieser letzten Stelle bei *initium traditionis* das Wort etiam verstanden werden, wie auch Noodt[83]) und Brencmann[84]) dieselbe erklären. Denn aus der Vergleichung beider Stellen erhellet, daß die hier angegebenen beiden Zeitpuncte mit einander zu verbinden sind, wenn man eine fremde Sache b. f. gekauft hat, um sie usucapiren zu können. Wer also wegen einer solchen Sache, die er b. f. von einem Nichteigenthümer gekauft hat, gegen den Besitzer die Publiciana anstellen will, muß nicht nur zur Zeit des geschlossenen Contracts, sondern auch zur Zeit der Tradition in bona fide gewesen seyn. Zwar gedenkt Julian, den Ulpian in der angeführten ersten Stelle citirt, blos der letztern; allein Ulpian bemerkt auch dabei, daß man nicht glauben müsse, als sey dies so zu verstehen, daß es bloß auf die Zeit der Uebergabe ankomme, sondern der Kläger müsse auch da-

83) Commentar. ad Dig. h. t. pag. 206.

84) Disput. de Legum inscriptionibus §. 9. (in *Abr.* WIELING *Iurisprud. restituta* T. II. pag. 155. sqq.) Eben so erklärt auch POTHIER in Pand. Iustin Tom. III. Tit. de Usurpat. et Usucap. Nr. LXXXIII. not. f. diese Stelle.

mals, als er den Kauf schloß, in bona fide gewesen seyn. Denn von diesem Zeitpunct war eigentlich gar keine Frage, weil auch die Prokulianer zugaben, daß der Käufer zur Zeit des geschlossenen Contracts in bona fide seyn müsse[85]). Allein viele Rechtsgelehrten[86]) wollen das TUNC auf das vorhergehende EXPERIRI beziehen, und von der Zeit der angestellten Klage verstehen; sie glauben daher, daß die nachher eingetretene mala fides bei der Publiciana dem Kläger schade. Schon Accursius[87]) bemerkt in seiner Glosse, daß zu seinen Zeiten einige das TUNC auf diese Art erklärt hätten, er selbst aber verwirft diese Meinung, und zwar mit Recht. Denn 1) würde ja Ulpian mit sich selbst im Widerspruche stehen, welcher kurz zuvor gesagt hatte[88]): Publi-

85) CUJACIUS in Commentar. ad Tit. D. de Usurpat. et Usucap. sagt: ad L. Si aliena 10. *Semper enim inter omnes constitit, spectari tempus emtionis oportere, quia scilicet sincera fides non patitur, ut rem alienam sciens quis emat. Sed id* SOLUM *in emtione tempus sufficere* PROCULIANI *existimaverunt, et in stipulationibus possessionis. Obtinuit tamen* SABINIANORUM *sententia, qui utrumque tempus in emtione spectandum esse censebant.*

86) SCHILTER in Praxi iuris Rom. Exercit. XVI. §. 70. et sqq. JENSIUS in Strictur. ad Rom. iuris Pandect. pag. 43. *Henr. de* COCCEJI Diss. de potestate iusti tituli in ficto dominio. *Frfti ad Viadr.* 1717. Sect. III. §. 17. *Sam. de* COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 4. und *Guil.* SCHMUCK in Notis ad *Labitti* Usum indicis Pandectar. Cap. V. §. 18. not. c. bei *Abr.* WIELING in *Jurisprud. restituta* T. II. pag. 97.

87) Er sagt nämlich ad L. 7. §. 17. D. h. t. bei dem Wort TUNC, scilicet *cum experitur*, secundum quosdam; arg. §. 3. *L.* 11. *eod.* quod reproba, quia scientia post traditionem non obstat §. 14. *L.* 7. *eod.* Dic. ergo TUNC scilicet, *cum venditur.*

88) *L.* 7. §. 14. *D. h. t.*

ciana *tempus emtionis* continet: et ideo neque quod *ante emtionem*, (sc. traditione consummatam), neque *quod* POSTEA *dolo malo factum est*, in hac actione deduci, *Pomponio* videtur, wenn er gleichwohl die Fortdauer der bonae fidei auch noch nach der Tradition zur Begründung der Publicianae hätte erfordern wollen. 2) Streitet es ja ganz gegen den Sprachgebrauch, wenn man das Gesetz so verstehen wollte: wer die Publiciana anstellen will, muß auch dann, wenn er klagt, ein *bonae fidei emtor* seyn. 3) Daß das TUNC nicht auf die Zeit der erhobenen Klage gehe, beweisen auch die *Basilica*[89]), in welchen der Sinn unserer Gesetzstelle ganz deutlich folgendergestalt ausgedrückt ist: *Δεῖ δὲ καὶ ἐν τῷ καιρῷ τῆς αγορασίας, καὶ τῷ τῆς παραδόσεως εἶναι τον λαβόντα καλῇ πίστει.* i. e. Oportet autem et tempore emtionis et tempore traditionis bona fide emtorem esse. Durch diese Stelle ist nun die ganze Zweideutigkeit des Pandecten-Fragments gehoben. Ein neuer Beweis, wie wichtig die Basiliken für die Interpretation der Justinianeischen Gesetzbücher sind. Hierzu kommt endlich 4) noch der Grund. Das Gesetz sagt, wer wissentlich den Besitz einer fremden Sache ergreift, dem steht die Publicianische Klage nicht zu, wenn er nachher den Besitz verliert: *quia usucapere non poterit.* Nun ist es aber bekannt, daß auch bei der erwerbenden Verjährung die mala fides superveniens nicht schadet[90]). Sie kann

89) Tom. II. Lib. XV. Tit. 2. pag. 225. Diese Stelle ist von allen, die diese Controvers erörtert haben, unbenutzt gelassen worden.

90) *L.* 48. §. 1. *D. de acquir. rer. dom.* *L.* 4. §. 18. *D. de Usurpat. et usucap.* *L.* 2. §. 13. *D. pro emtore.*

also auch der Publicianae nicht hinderlich seyn[91]). Hiermit ist jedoch der Streit noch nicht abgethan. Denn es ist noch eine andere Stelle ebenfalls aus Ulpians libro 16. ad Edictum übrig, welche hier darum nicht übergangen werden darf, weil man dadurch jene Erklärung, daß das TUNC: auf die Zeit der erhobenen Klage gehe, vorzüglich zu unterstützen sucht. Ulpian[92]) sagt nämlich: Interdum tamen, licet furtiva mater distracta non sit, sed donata ignoranti mihi, et apud me conceperit, et pepererit, competit mihi in partu Publiciana, ut JULIANUS ait: si modo eo tempore, *quo experiar*, furtivam matrem ignorem. Wenn man hier mit Cujaz[93]) anstatt *quo experiar*, lesen wollte: *quo et pariat*, so wäre freilich aller Schwierigkeit abgeholfen. Allein so viel Beifall auch immer diese Emendation bei mehreren Rechtsgelehrten[94]) gefunden hat, so stehen ihr doch sehr erhebliche Zweifel entgegen, weswegen sie auch schon unter den ältern Rechtsgelehrten insonderheit Pulväus[95]), Amaya[96])

91) Man sehe hier noch KRAUSE de indole act. public. §. 16. RUMPF Diss. de rei vindicat. Sect. I. §. 9. not. v. und EMMINGHAUS ad *Coccejum* h. t. Qu. 4. not. b.

92) *L.* 11. §. 3. *D. h. t.*

93) Comment. ad L. 4. §. 15. de Usurpat. et Usucap.

94) *Ant.* FABER in Rational. ad §. 3. Legis 11. D. h. t. VOET in Comm. h. t. §. 4. POTHIER in Pandect Iustin. h. t. Nr. XIII. not. g. Tom. I. pag. 225. LABITTUS in Usu indicis Pandectar. Cap. V. §. 18. und SCHMUCK in notis ad Eundem c. l. not. c. bei WIELING in Iurispr. restitut. T. II. pag. 96. besonders REINOLD cit. Exercit. §. 6. seqq. in *Opuscul.* pag. 676. sqq.

95) Ad Legem Atiniam s. de rei furtivae prohibita usucapione lib. sing. cap. 10. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iuris Rom.* Tom IV. pag. 334.)

96) Observation. iuris Lib. III. cap. I. §. IV. nr. 58. pag. 337.

und Altamiranus[97]) verworfen haben. Zwar bemerkt Lud. Charondas[98]), er habe in einer Handschrift der Pandecten statt *quo experiar* selbst *quo pariat* gelesen, glaubt aber deswegen doch nicht, daß von der gemeinen Leseart abzuweichen sei, und auch ich trage Bedenken, in eine Aenderung derselbeu einzustimmen. Denn sie hat außer dem Florentinischen Codex, auch die Basiliken[99]) für sich, in welchen es ausdrücklich heißt: *ἐὰν ἐν τῷ κινεῖν ἀγνοῶ τὴν μητέρα κλοπιμαίαν;* i. e. *si modo tunc, cum moveo actionem, ignoro matrem esse furtivam.* Wäre also die Leseart unrichtig, so müßte der Fehler von den Verfassern der Pandecten herrühren. Dies ist nicht glaublich. Sie würden doch gewiß nachher bey ihren Uebersetzungen der Pandecten in das Griechische, aus denen die Basiliken geschöpft sind, den Fehler entdeckt und verbessert haben. Eben so wenig kann ich mich aber auch von Westphals[100]) Meinung überzeugen, der die ganze Passage: si modo — ignorem, für einen Zusatz der Verfasser der Pandecten halten will, welche vielleicht geglaubt haben, es sey durch den Verlust des Besitzes eine Interruption geschehen, und müsse bei der Wiedererlangung um deswillen eine bona fides vorhanden seyn. Denn die Verfasser der Pandecten mußten ja doch wissen, daß die Interruption nur der Vollendung

97) In Lib. XI. Quaestion. ICti Scaevolae Tract. XI. §. 15. (in *Ger.* MEERMANN *novo Thes. iur. civ. et canon.* Tom. II. pag. 511.)

98) In edit. Pandect. *Antwerpiae.* 1575. *f.* ad L. 11. §. 3. h. t. not. e.

99) Lib. XV. Tit. 2. Tom. II. pag. 226. edit. *Fabrot.*

100) System des R. R. §. 1013.

der Usucapion, aber nicht der Publiciana entgegen sey [1]). Es muß also wohl einen andern Grund haben, warum hier auch zur Zeit der angestellten Klage die bona fides auf Seiten des Klägers erfordert wird, und dies ist auch nicht zu läugnen. Denn hier ist die Rede von dem Kinde einer gestohlnen Sklavin. Ein solches Kind war nicht, wie die Mutter, mit einer Furtivität behaftet, wenn es nämlich bei dem bonae fidei possessor war concipirt und geboren worden [2]). Es konnte also usucapirt werden [3]). Der Besitzer mußte nur nicht der Erbe des Diebes seyn. Dieser konnte den partus ancillae so wenig, wie die Sklavin selbst usucapiren, quia vitiorum defuncti successor est [4]). Ist hingegen der Besitzer in gutem Glauben ein successor singularis, der die Sklavin durch Kauf, Schenkung, Vermächtniß, oder durch eine andere iusta causa an sich gebracht hat, so bleibt zwar die Mutter mit dem vitio furtivitatis behaftet, welches die Usucapion derselben hindert, allein das Kind kann er usucapiren, welches von derselben bei dem b. f. possessor geboren worden ist [5]). Es muß nur die Conception nicht schon bei dem Diebe, sondern

1) Wie aus *L.* 15. §. 2. *D. de Usurpat.* und *L.* 7. §. 4. *D. pro emtore* erhellet, in welcher letztern Stelle statt *nec similis* mit Accursius *nec dissimilis* zu lesen ist.

2) *L.* 48. §. 5. *D. de furtis. Franc. de* Amaya Observat. iuris Lib. II. cap. 1. §. 1.

3) *L.* 11. §. 4. *D. h. t. L.* 33. *D. de Usurpat. et usucap. L.* 3. C. *de Usucap. pro emtore.*

4) *L.* 11. §. 2. *D. h. t. L.* 4. §. 15. *D. de Usurpat.*

5) *L.* 33. *pr. D. de Usurpat. et usucap.*

erst bey dem b. f. emtor erfolgt seyn[6]), und dessen bona fides noch zur Zeit der Geburt des Kindes fortgedauert haben. Denn hatte der Besitzer noch vor der Niederkunft der Sklavin erfahren, daß sie gestohlen sey, so konnte er das von ihr geborne Kind nicht usucapiren[7]). So weit waren die römischen Rechtsgelehrten ziemlich mit einander einverstanden[8]). Allein man stritte sich darüber, ob nicht eine nachher eintretende mala fides der Usucapion des Sklavenkindes, und, im Falle des verlornen Besitzes der Publicianae hinderlich sey? Trebatius[9]) verneinte es, und ihm scheint auch Julian[10]) beigestimmt zu haben. Allein Pomponius[11]) giebt ihnen nicht ohne Unterschied

6) *L.* 48. §. 5. *D. de furt.* Amaya c. l. §. 2. et 3. und besonders *Christ. Gottl.* Gmelin in Diss. de diversis partus ancillae et fetus pecoris iuribus. *Tub.* 1778. §. 13.

7) *L.* 4. §. 18. *D. de usurpat. et usucap.*

8) S. *Greg.* Majansii Diss. de usucapione partus ancillae (in Ejus *Disputat. iuris civ.* Tom. II. Nr. LXVII.) und Westphal vom Recht der Sachen §. 707.

9) *L.* 4. *D. Pro suo.* Cujaz glaubt, es müsse statt Trebatius vielmehr Neratius gelesen werden, dessen *L.* 3. *eod.* Erwähnung geschieht.

10) *L.* 33. *pr. D. de usurpat.*

11) *L.* 4. *pr. D. Pro suo.* Si ancillam furtivam emisti, ex ea natum et apud te conceptum est, ita possedisti, ut intra constitutum usucapioni tempus cognosceres, matrem eius furtivam esse! Trebatius omni modo, quod ita possessum est, usucaptum esse. Ego sic puto distinguendum, ut, si nescieris intra statutum tempus, cuius id mancipium esset, aut si scieris, neque potueris certiorem dominum facere, aut si potueris quoque, et feceris certiorem usucaperes. Sin vero, *cum scires*, et

Recht, sondern beschränkt ihre Meinung dahin, wenn der b. f. possesor, nachdem er erfahren, daß die Sklavin ihrem Herrn gestohlen sei, demselben von der Sache Nachricht gegeben, dieser aber dennoch die Sclavin vor Ablauf der Verjährungszeit nicht abgefordert hat; oder wenn der Besitzer dem Herrn der Sclavin Nachricht zu geben gar nicht im Stande gewesen, weil er entweder den rechten Herrn derselben nicht erfahren, oder weil er nicht zu ihm kommen konnte. Nur in diesen Fällen schade dem Besitzer die erhaltene Wissenschaft von der Furtivität der Sclavin nicht, sondern er könne das von derselben geborne Kind doch pro suo usucapiren. Hätte er hingegen den Herrn der Sclavin gewußt, er hätte ihm auch Nachricht geben können, er hat aber solches zu thun unterlassen, so hindere diese mala fides die Usucapion. Denn von jetzt an werde sein Besitz fehlerhaft. Er fange nun an heimlich zu besitzen, und mit einem solchen Besitz könne keine usucapio *pro suo* bestehen. Allerdings trat hier ein besonderer Grund ein, welcher die Fortdauer der bona fides auch noch nach der Geburt des Sclavenkindes bis zum völligen Ablauf der Verjährungszeit nothwendig machte, nämlich der, daß durch die eintretende mala fides zugleich die iusta possessionis causa aufgehoben wurde, welches sonst bei keinem andern Rechtstitel, als dem pro suo, der Fall war[12]). Paus

*posses, non feceris certiorem, contra esse.* Tum enim *clam* possedisse videberis, *neque idem et pro suo et clam possidere potest.*

12) S. Donellus in Commentar. iuris civ. Lib. V. cap. 25. Altamiranus in Lib. XI. Quaestion. Scaevolae Tract. XI. §. 15. Gmelin cit. Diss. §. 15. Anderer Meinung ist jedoch Westphal im System §. 710.

lus[13]), der fast um hundert Jahre später lebte, nahm zwar diesen Grund nicht an; wohl aber sein Zeitgenosse Ulpian, der in Gemäßheit jener Meinung des Pomponius, die Lehre Julians, daß bei dem partus, im Falle des verlornen Besitzes, die Publiciana Statt habe, wofern nur derselbe bei dem b. f. possessor wäre concipirt und zur Welt geboren worden, dahin berichtigte, wenn zur Zeit der erhobenen Klage keine solche mala fides eingetreten wäre, welche die Usucapion hindert, wie auch Emund Merillius[14]) diese Stelle erklärt.

Außer diesem Falle bleibt es also bei der Regel, daß nach dem römischen Rechte die bona fides zur Zeit der erhobenen Klage nicht erfordert werde. Ob aber nicht nach dem canonischen Rechte der eingetretene böse Glaube dem Kläger schade, ist eine andere Frage. Viele[15]) bejahen sie, wenn sie auch nach dem römischen Rechte unserer Meinung beistimmen, weil die Publiciana bei dem Kläger die conditio usucapiendi voraussetze, nach dem canonischen Rechte aber die bona fides zu Anfang der erwerbenden

13) *L.* 4. §. 18. *D. de usurpat.* Si antequam pariat, alienam esse rescierit emtor: diximus, non posse eum usucapere. Quodsi nescierit, posse. Quodsi, cum iam usucaperet, cognoverit alienam esse: initium usucapionis intueri debemus, sicut in emtis rebus placuit.

14) Variantium ex Cujacio Lib. III. cap. 27. Man sehe auch Gmelin in Diss. cit. §. 9.

15) *Reinh.* Bachovius in Tr. de actionibus Disp. III. Th. 20. und Ebenderselbe ad *Treutlerum* Vol. I. Disp. XV. Th. XIII. lit. C. Meier in Colleg. iur. argentorat. h. tit. Th. 11. in fin. Krause Observat. de indole actionis public. §. 17. u. a. m.

Verjährung nicht zu deren Vollendung hinreichend geachtet wird, sondern die ganze Zeit hindurch ununterbrochen fortdauern müsse, bis die Verjährung wirklich abgelaufen ist [16]). Allein richtiger behaupten die meisten Rechtsgelehrten [17]), daß hier durch das canonische Recht nichts geändert sey. Denn dieses Recht erfordert die bona fides continua nur zur Verjährung, wodurch dem Recht des vorigen Eigenthümers ein Ende gemacht werden soll. Allein bei der Publiciana ist nicht die Rede von der Ausschließung des wahren Eigenthümers. Die Unterbrechung der Verjährung, wenn nur Anfangs die Erfordernisse derselben vorhanden waren, hindert auch die Publiciana nicht, weil durch den Verlust des Besitzers allemal eine Usurpation geschieht. Es würde sonst die Publiciana gar nicht Statt haben können. Es wäre auch in der That eine exceptio de iure tertii, wenn der Beklagte, der nicht der Eigenthümer ist, dem Kläger entgegensetzen wollte, er sey jetzt nicht mehr in bona fide.

Da also bei der Publiciana der nachher eingetretene böse Glaube dem Kläger weder nach dem römischen noch canonischen Rechte schadet, so kann auch der Erbe diese Klage anstellen, wenn er gleich in mala fide ist, wofern

16) *Cap. ult. X. de praescript.*

17) Lauterbach in Colleg. theor. pract. Pand. h. t. §. 9 Struv Synt. iur. civ. Exerc. XI. Th. 42. et Müller ad *Eundem.* not. η. Ludovici doctr. Pand. h. t. §. 4. *Io. Frid.* Boeckelmann Commentar. in Dig. h. t. §. 2. Heineccius in Elem. iuris. civ. sec. ord. Dig. h. t. §. 93. Not. * und Reinold in Exercit. cit. de secutae malae fidei adv. Publicianam exceptione §. 15 — 17. (in *Opusc.* pag. 691. seqq.)

nur der Erblasser in bona fide war. Dagegen aber wird ihm auch sein eigner guter Glaube nichts helfen, wenn sein Erblasser in mala fide war[18]). Zur Begründung der Klage wird

2) ein gültiger Rechtstitel erfordert, d. i. der Kläger muß die Sache, oder das Recht, welches er mittelst dieser Klage verfolgt, aus einem solchen Rechtsgrunde erworben haben, welcher ihm das Eigenthum oder das in Anspruch genommene dingliche Recht verschaffen konnte, und auch würde verschafft haben, wenn der, von welchem er die Sache erhielt, wahrer Eigenthümer gewesen wäre. Die Gesetze dieses Titels[19]) führen als Beispiel an: Kauf, Bestellung eines Heirathsgutes, geschätzt oder ungeschätzt, richterliche Adjudication, Gebung an Zahlungsstatt, Schenkung, Vermächtniß, Tausch, und überhaupt sagt Cajus[20]): Quaecunque sunt iustae causae adquirendarum rerum, si ex his causis nacti res amiserimus, dabitur nobis earum rerum persequendarum gratia haec actio. Es muß nur aber ein solcher Rechtitel seyn, der eine Usucapion begründen kann. Daher ist eine bloße possessio pigneratitia zur Publiciana nicht geeigenschaftet[21]). Sie wird auch in solchen Fällen nicht gestattet, wo die Veräußerung der Sache durch ausdrückliche Gesetze

18) *L*. 7. §. 12. *D*. *h*. *t*. in hac actione non oberit mihi, si successor sum, et dolo feci, cum is, in cuius locum successi, bona fide emisset: nec proderit, si dolo careo, cum emtor, cui successi, dolo fecisset.

19) *L*. 1. §. 2. *L*. 2. *L*. 3. *L*. 4. 5. 6. 7. §. 1 — 5. *D*. *h*. *t*.

20) *L*. 13. *pr*. *D*. *h*. *t*.

21) *L*. 13. §. 1. *D*. *eod*.

verboten war [22]). Z. B. bey unbeweglichen Dotalgütern, Sachen der Unmündigen u. dgl. Wenn daher der Kläger die Sache, die er mittelst dieser Klage in Anspruch nimmt, von einem Pupillen gekauft hat, so muß er beweisen, daß der Kauf auf eine rechtsbehörige Art mit Zustimmung des Vormundes geschlossen worden sey [23]). Jedoch gereicht dem Kläger eine iusta facti alieni ignorantia zur Entschuldigung. War also derselbe beim Kaufe der Sache des Unmündigen durch die Auctorität eines falschen Vormundes hintergangen worden, so gilt er doch für einen Käufer in gutem Glauben [24]). Auch wird die Publiciana demjenigen gestattet, der die Sache von einem Minderjährigen kaufte, welchen er aus Irrthum für großjährig hielt [25]). Nur in Ansehung des Falles widerstreiten sich die Gesetze, wenn Jemand die Sache von einem Rasenden gekauft hat, den er für einen verständigen Menschen hielt. Ulpian [26]) sagt, der Käufer könne auch in diesem Falle die Publiciana anstellen, weil er nach Marcellus Mei-

22) *L.* 12. §. 4. *D. h. t.* Si res talis sit, ut eam lex aut constitutio alienari prohibeat, eo casu Publiciana non competit: quia his casibus neminem Praetor tuetur, ne contra leges faciat.

23) *L.* 13. §. 2. *D. h. t.* Qui a pupillo emit, probare debet, *tutore auctore*, *lege non prohibente*, *se emmisse.* Man s. *Ant.* Faber Rational. in h. L.

24) *L.* 13. §. 2. *cit.* sagt am Ende: Sed et si deceptus, falso tutore auctore, emerit, bona fide emisse videtur.

25) *L.* 7. §. 4. *D. eod.* Si a minore quis emerit, ignorans eum minorem esse, habet Publicianam.

26) *L.* 7. §. 2. *D. h. t.* Marcellus *lib.* 17. *Digestorum* scribit, eum, qui a furioso, ignorans eum furere, emit, posse usucapere. *Ergo et Publicianam habebit.*

nung usucapiren könne. Paulus[27]) hingegen giebt zu, daß der Billigkeit wegen eine Usucapion Statt habe, wenn gleich der Kauf an sich nichtig sey. Läugnet aber doch ausdrücklich, daß dem Käufer die **Publiciana** zustehe. Man hat sich viele Mühe gegeben, beide Meinungen zu vereinigen[28]), aber vergebens. Darin sind indessen die mei-

27) *L.* 2. §. 16. *D. pro emtore.* **Si a furioso, quem putem sanae mentis, emero, constitit, usucapere utilitatis causa me posse, quamvis nulla esset emtio, et ideo non de evictione actio nascitur mihi,** ***nec Publiciana competit.***

28) Accursius glaubt, dem Käufer stehe nur die Publiciana nicht gegen den furiosus zu, wohl aber gegen einen Dritten. Dieser Meinung giebt auch *M. Aur.* Galvanus de Usufructu cap. 34. pag. 516. edit. *Tubing.* seinen Beifall. Allein die Worte der L. 2. §. 16. cit. enthalten von dieser Distinction nichts, vielmehr streitet der vom Paulus angeführte generelle Grund derselben offenbar entgegen, wie auch schon *Ant.* Faber Conjectur. iuris civ. Lib. I. cap. 18. dagegen sehr gründlich erinnert hat. Cujaz hielt anfangs in Comm. ad cit. L. 2. die Worte: *nec Publiciana competit* für einen unächten Zusatz, welcher weggestrichen werden müsse. Denn auch der griechische Ausleger Constantin halte sie für ein Glossem. Ihm stimmt Pothier in Pand. Iustin. Tom. III. Lib. XLI. Tit. 4. Nr. IV. not. I. bei. Allein Cujaz hat nachher seine Meinung Observation. Lib. XVI. cap. 29. wieder geändert, und ist der gemeinen Meinung beigetreten, welcher in der folgenden Note Erwähnung geschiehet. *Marc.* Lyklama *a* Nyholt Membranar. Lib. I. Eccl. 20. unterscheidet, ob die Sache dem Wahnsinnigen eigenthümlich gehörte, oder eine fremde Sache gewesen. Von dem ersten Falle, meint er, sey Paulus, von dem zweiten hingegen, sey Ulpian zu verstehen. Wie wenig aber diese Distinction in den sich widerstreitenden Stellen gegründet sey, hat schon Westphal im System des R. R. von den Arten

sten Interpreten [29]) einverstanden, daß Paulus von dem rede, was das strenge Recht mit sich bringt, allein die billigere Meinung des Ulpians, welche der übrigen Rechtstheorie viel gemäßer ist, verdiene ohne Zweifel den Vorzug.

3) Die Sache, welche man mittelst der Publiciana verfolgt, muß ferner eine der Usucapion fähige, oder solche Sache sein, an welcher man Proprietätsrechte erwerben

der Sachen §. 679. gezeigt. Ich übergehe die Versuche bei *Nic. de* Passeribus in Conciliat. Legum pag. 157. und *Io.* Robert in Animadvers. Lib. II. cap. 22. pag. 184. et Receptar. Lection. Lib. II. cap. 10. und gedenke nur noch der von allen bisherigen abweichenden Erklärung des Cocceji, welcher in iur. civ. controv. h. t. Qu. 3. die *L.* 2. so versteht, daß derjenige, welcher eine Sache in gutem Glauben von einem Wahnsinnigen gekauft hat, die Publiciana nur nicht auf den *titulus specialis pro emtore* gründen könne, weil der Kauf nichtig sey; dahingegen komme ihm diese Klage *ex titulo generali pro suo* zu, und so sey Ulpian *L.* 7. §. 2. *D. h. t.* zu verstehen. Wie wenig sich indessen auch diese Erklärung, so scharfsinnig sie auch immer ist, vertheidigen lasse, hat Emminghaus ad *Coccejum* c. l. not a. sehr gründlich gezeigt.

29) Man s. *Iul.* Pacius *Εναντιοφαν.* s. Legg. conciliatar. Centur. VII. Qu. 3. *Ger.* Noodt Comm. ad Dig. h. t. pag. 205. *Ant.* Schulting Thes. controversar. Decad. XIX. §. 7. *Io.* Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 5. *Ian. a* Costa Comm. ad Institut. Tit. de actionib. §. 4. pag. 522. *Bern. Henr.* Reinold in Opusc. Exercit. VI. §. 12. pag. 687. seq. Westphal in dem angef. System §. 1005. Emminghaus c. l. und Christph. Christian Dabelow über die Verjährung §. 78. Not. r. S. 384. Nur *Ant.* Faber Conject. iur. civ. Lib. I. cap. 18. will der Meinung des Paulus den Vorzug eingeräumt wissen.

kann, sie mag eine körperliche oder unkörperliche sein. Sachen, welche nicht usucapirt werden können, sind daher auch kein Gegenstand der Publiciana, außer insofern nach dem neuern römischen Rechte eine Präscription dabei Statt finden kann. Auf diese Art lassen sich folgende Stellen mit einander vereinigen.

1) *L.* 9. §. 5. *D. h. t.* wo Ulpian sagt: Haec actio in his, *quae usucapi non possunt*, puta furtivis, vel in servo fugitivo, locum non habet. Was hier von gestohlnen Sachen gesagt wird, gilt auch von solchen Sachen deren Veräußerung in einem Testament verboten worden ist, wie Voet[30]) ebenfalls bemerkt. Wer also eine im Testament zu veräußern verbotene Sache bona fide gekauft hat, und den Besitz derselben verliert, dem kommt die Publiciana eben so wenig zu, als er eine solche Sache usucapiren, oder longo tempore präscribiren kann[31]).

2) *L.* 12. §. 2. *D. eodem.* In vectigalibus, et in aliis praediis, quae usucapi non possunt, *Publiciana* competit, si forte bona fide mihi tradita sunt. Es ist bereits oben (S. 318.) bemerkt worden, daß an den agris vectigalibus, tributariis und stipendiariis, von denen hier die Rede ist, die Besitzer nur ein dominium bonitarium hatten, dahingegen dem römischen Volk, oder dem Kaiser, oder der Stadt, von welcher solche Grundstücke den Besitzern waren überlassen worden, das nudum ius Quiritium verblieb. Solche Güter konnten daher, als

30) Comm. ad Pand. h. t. §. 9.

31) *L.* 2. *C. de usucap. pro emt. L.* 3. §. 3. *C. Commun. de legatis.* Schoemanns Handbuch des Civilrechts 2. B. S. 61.

res nec mancipi, nicht usucapirt werden. Wenn also im Fall einer verweigerten cautio damni infecti eine missio in possessionem aedium vectigalium vom Prätor verfügt wurde, so konnte der Besitzer doch nicht gegen die Stadt ein wahres oder römisches Eigenthum durch Usucapion erwerben, sondern nur das Recht, welches der vorige Besitzer, qui non caverat, hatte, ging auf den Inmittirten über [32]). Demungeachtet aber stand dem Besitzer, wenn er den Besitz eines solchen Grundstücks gegen seinen Willen wieder verloren hatte, die actio Publiciana zu [33]), der er sich sogar gegen die Stadt selbst bedienen konnte, wenn diese sich mit Unrecht den Besitz anmaßte [34]). Denn hatte gleich keine Usucapion gegen die municipes Statt, so konnte doch das dominium bonitarium an einem praedio vectigali gegen einen andern, dem es zustand, durch eine praescriptio longi temporis erworben werden. *Nec sane absurdum est*, sagt Rävard [35]), *cum legimus praedia nec mancipi longa possessione capi, ut eo modo acquiri longa possessione huiusmodi praedia intelligamus, quo per usum, proprietate salva, possunt acquiri.* Ja in einem gewissen Falle konnte sogar die Verjährung gegen die Stadt selbst Statt finden, wenn nämlich bei einem praedio vectigali die municipes selbst die verlangte cautio damni infecti verweigert hatten, wie Ulpian [36]) lehrt, wenn er sagt:

32) *L.* 15. §. 26. *D. de damno inf.*

33) *L.* 18. §. 15. *D. eodem.*

34) *L.* 1. §. 1. *D. Si ager vectigal.*

35) Varior. Lib. I. cap. 5.

36) *L.* 15. §. 27. *D. de damno infecto.* Man s. auch Westphal Interpretat. iuris. civ. de libertate et servitut. praedior. §. 292.

Sed in vectigali praedio, *si municipes non caverint: dicendum est, dominium per longum tempus adquiri.* Um so weniger war also die Zuständigkeit der publicianischen Klage bei solchen Gütern einigem Zweifel unterworfen [37]).

4) Es muß die Sache durch Uebergabe in den Besitz des Klägers gekommen seyn, insofern das Eigenthum nicht ohne Uebergabe erworben wird. Ulpian [38]) sagt ausdrücklich: Ut Publiciana competat, haec debent concurrere: ut et bona fide quis emerit, *et ei res emta eo nomine sit tradita.* Caeterum *ante traditionem*, quamvis bonae fidei quis emtor sit, *experiri Publiciana non poterit.* In diesem Falle wird also auch der Beweis des gehabten Besitzes der Sache erfordert. Allein ein unbedingtes Requisit der Publiciana ist dieses nicht, wie viele irrig behaupten. Denn dieser Beweis fällt in den Fällen weg, wo das Eigenthum ohne Uebergabe erworben wird, wie bereits oben gezeigt worden ist. Dies ist der Fall, wenn der Kläger die Sache durch Vermächtniß, oder Schenkung von Todes wegen, oder Adjudication erhielt [39]). Denn da hier das wahre Eigenthum ipso iure erworben wird [40]), so läßt sich zur Begründung der Publiciana auch ein putatives annehmen, wenn gleich der Kläger den Be-

37) S. Westphal im System §. 1015. und Madihn ad *Mencken* doctr. de action. forens. pag. 67. Not. 164.

38) *L.* 7. §. 16. *D. h. t.*

39) *L.* 1. §. 2. *L.* 2. *L.* 7. *pr. D. h. t.*

40) Ulpian *Fragm. Tit. XIX.* §. 16. *et* 17. Justin §. 7. *I. de offic. iudic.* Quod autem istis iudiciis (sc. divisoriis) alicui adiudicatum fuerit, *id statim eius fit*, cui adiudicatum est. S. *Arn.* Vinnii Commentar. ad h. l.

sitz der Sache noch nicht hatte[41]). Paulus[42]) sagt zwar, daß auch derjenige, welchem eine Erbschaft ex SCto Trebelliano restituirt worden ist, sich der Publiciana bedienen könne, wenn er gleich den Besitz noch nicht erhalten hätte. Allein in diesem letzten Falle stellt der Fideicommissar vielmehr als Erbe die publicianische Klage an, weil durch die Restitution alle Rechte des Erblassers auf ihn übergehen[43]). Daß aber die Publiciana sowohl den Civil- als Prätorischen Erben zustehe, sagt Ulpian[44]) ausdrücklich. Wo übrigens zur Begründung der Klage eine Tradition erfordert wird, kann sie immerhin auch brevi manu geschehen seyn, wie ich schon an einem andern Orte (S. 103.) gezeigt habe. Es kommt auch nicht auf die Länge der Zeit an, da der Besitz des Klägers gedauert hat. Etiam is, sagt Paulus[45]), *qui momento possedit*, recte hac actione experiretur. Ja sogar derjenige kann sich der Publiciana bedienen, der nicht einmal den Kauf selbst schloß, wenn ihm nur mit Willen des Käufers die Sache war übergeben worden. Ulpian[46]) sagt ausdrücklich: Si ego emi, et mea voluntate alii res sit tradita: Imperator SEVERUS rescripsit, Publicianam illi dandam.

Man erfordert noch insgemein, daß der Kläger den Besitz der Sache weder dolo noch culpa müße verloren

41) Man sehe oben §. 595. S. 328. f. und §. 596. S. 333.
42) *L.* 12. §. 1. *D. h. t.*
43) *L.* 63. *pr. D. ad SCtum Trebell.*
44) *L.* 7. §. 9. *D. h. t.*
45) *L.* 12. §. 7. *D. eod.*
46) *L.* 11. *pr. D. h. t.*

haben. So lehren Westenberg[47]), Hofacker[48]) und Malblanc[49]). Ich erinnere mich zwar, in dem Titel de rei vindicatione §. 586. selbst behauptet zu haben, daß wenn der Beklagte bei der Reivindication die in Anspruch genommene Sache während des Prozesses dolo zu besitzen aufgehört hat, derselbe, der dem Kläger geleisteten Entschädigung ungeachtet, weder iura cessa von ihm verlangen, noch sich der Publicianischen Klage bedienen könne. In soweit finde ich kein Bedenken, jene Meinung zu unterschreiben. Denn Ulpian sagt dies ausdrücklich[50]). Allein ob dem bonae fidei possessor auch dann die Publiciana abzusprechen sei, wenn er durch begangene Nachläßigkeit den Besitz der Sache verloren hat, daran zweifle ich sehr. Zwar sagt Justinian in der Stelle, wo er die Publicianische Klage erklärt, *si eius possessionem casu amiserit.* Allein diese Worte zum unbedingten Requisite der Publiciana zu machen, war wohl Justinians Absicht nicht, da es jedem Ausleger in die Augen leuchten muß, daß diese Worte blos enunciative sind. Der bonae fidei possessor steht ja, so lange derselbe nicht belangt worden ist, für gar keine Kulpa, und ist nicht einmal dem wahren Eigenthümer dafür verantwortlich, quia suam rem neglexit, (S. 208. und S. 229. f.) und seine Nachläßigkeit sollte ihm bei der Anstellung der Publiciana hinderlich sein? Ulpian sagt dies wenigstens in der angeführten Stelle, worauf sich alle berufen, mit keinem Worte. Papinian

47) Princip. iuris sec. ord. Dig. h. t. §. 24. nr. II.

48) Princip. iuris. civ. Tom. II. §. 1030.

49) Princip. iuris. Rom. Part. II. §. 413. pag. 162. in fin.

50) *L.* 69. *et* 70. *D. de rei vindic.*

lehrt vielmehr das Gegentheil, welcher *lib.* 12. *Quaestionum*[51]) sagt: **Si CULPA,** *non* **FRAUDE** *quis* possessionem amiserit, quoniam pati debet aestimationem, audiendus erit a iudice, si desideret, *ut adversarius actione sua cedat*: cum tamen *Praetor auxilium quandoque laturus sit, quolibet alio possidente*, nulla captione adficietur. Nach dieser Stelle kann der Beklagte bei der Reivindication, wenn er den Besitz der Sache während des Prozesses durch seine Schuld verlor, und den Kläger durch Bezahlung des Werthes entschädiget hat, iura cessa verlangen. Allein sollte ihm auch der Kläger solche verweigern, so kann ihm das auf keine Weise schaden, da ihm der Prätor schon durch die Ertheilung der Publicianischen Klage gegen den dritten Besitzer zu Hülfe kommt. Ja Papinian sagt sogar in den nachfolgenden Worten: Ipso quoque, qui litis aestimationem perceperit, possidente, debet adiuvari, nec facile audiendus erit ille, si velit postea pecuniam, quam ex sententia iudicis periculo iudicati recepit, restituere; daß demjenigen, welcher den Werth der Sache bezahlt hat, die **Publiciana** auch gegen seinen ehemaligen Kläger gestattet werde.

## §. 598.

### Gegen wen wird die Publiciana angestellt? Findet sie auch gegen den Eigenthümer selbst Statt?

Die actio in rem publiciana unterscheidet sich auch darin von der rei vindicatio, daß sie dem Kläger nur gegen einen solchen Besitzer zusteht, welcher ein schwächeres Recht hat, dahingegen die Reivindication dem wah-

51) *L.* 63. *D. de rei vindicat.*

ren Eigenthümer gegen jeden dritten Besitzer Hülfe ertheilt. Denn das wahre Eigenthum ist etwas absolut Ausschließendes, allein das putative Eigenthum muß dem wahren weichen. Neratius[52]) drückt dies sehr genau aus, wenn er sagt: Publiciana actio non ideo comparata est, *ut res domino auferatur*, sed *ut is, qui bona fide emit, possessionemque ex ea causa nactus est, potius rem habeat*. Die Klage kann also mit Erfolg nicht angestellt werden 1) gegen den Eigenthümer, es sey denn, daß derselbe gegen die Strenge des Rechts aus besondern Gründen dem Kläger bei Anstellung der Publiciana weichen müßte. Außerdem steht die exceptio iusti dominii, wie bei Papinian[53]) Paulus anmerkt, der Publicianae entgegen, und Neratius[54]) macht es selbst zur ausdrücklichen Bedingung: *Si ea res possessoris non sit*. Es giebt indessen Ausnahmen, von denen ich nachher reden werde. Eben so wenig hat die Publiciana auch 2) gegen einen solchen Besitzer Statt, welcher vermöge seines Besitzes sich in conditione usucapiendi befindet. Wenn daher zweien nach einander die nämliche Sache verkauft und übergeben ist, und zwar a) beide von demselben Nichteigenthümer die Sache bona fide erhalten haben, so muß der spätere Besitzer demjenigen weichen, welchem die Sache zuerst tradirt wurde. Denn der Verkäufer, der hier nicht Eigenthümer war, konnte nur auf den ersten Käufer die conditio usucapiendi transferiren. Mit diesem Traditionsfactum hatte demnach alles von seiner Seite übertragbare Usucapions-

52) *L. ult. D. h. t.*

53) *L. 16. D. eodem.*

54) *L. 17. D. eodem.*

recht ein Ende. Auf einen zweiten Käufer konnte er es also nicht noch einmal übertragen, sondern dieses sein zweites Traditionsfactum war rechtlos, und blieb daher im Betreff der Usucapion ohne rechtliche Wirkung. Sein Titel ist folglich schlechter, als der des ersten Käufers, da kein Usucapionsrecht auf ihn von dem arglistigen Verkäufer übertragen werden konnte. Er muß also der von dem ersten Käufer und Besitzer gegen ihn angestellten Publiciana weichen. Wenn hingegen b) beide die Sache von verschiedenen Nichteigenthümern bona fide kauften, folglich die Tradition von verschiedenen Personen geschahe, so kann der Käufer, welcher den Besitz der Sache wieder verlor, gegen den andern Käufer, welcher die Sache gegenwärtig besitzt, mit der publicianischen Klage nichts ausrichten. Denn hier befindet sich der Beklagte in conditione usucapiendi, der Kläger hingegen, dessen angefangene Usucapion durch den Verlust des Besitzes interrumpirt worden ist, hat nun nichts mehr für sich, weshalb er den Vorzug vor dem Beklagten verlangen könnte. Als Resultat erscheint nun aus dem Allem soviel, daß in dem ersten Falle der ältere Besitz, in dem zweiten aber der gegenwärtige Besitz bei der Publiciana im Streite gegen den andern Käufer den Vorzug behaupte, und hierdurch erhält nun die Stelle aus Ulpian *lib.* 16. *ad Edictum*[55]) ihr Licht, wo es heißt: Si duobus quis separatim vendiderit, bona fide ementibus, videamus, quis magis Publiciana uti possit: utrum is, cui priori res tradita est, an is, qui tantum emit. Et IULIANUS *lib.* 7. *Digestorum* scripsit, ut, si quidem *ab eodem non*

55) *L.* 9. §. 4. *D. h. t.*

*domino* emerint, potior sit, cui priori res tradita est: quodsi *a diversis non dominis*, melior causa sit *possidentis*, quam *petentis*. Quae sententia vera est. Hier kommt es zunächst auf den richtigen Sinn der Hauptfrage an, welche Ulpian in dieser Stelle nach Julian entscheidet. Ist hier die Frage davon, wer von beiden Käufern in einem Streite zwischen ihnen selbst über die Sache den Vorzug habe? oder ist nicht vielmehr die Frage davon, wem von ihnen gegen einen dritten Besitzer der Sache im Betreff der anzustellenden Publiciana der Vorzug zustehe? So wie die Worte gefaßt sind: videamus, quis *magis* Publiciana uti possit? sollte man fast das Letztere glauben. Allein aus den Schlußworten unserer Stelle: *melior causa sit possidentis, quam petentis*, ergiebt sich unwidersprechlich, daß von einem Streite zwischen den beiden Käufern selbst im Betreff der Hauptsache die Frage sey, wo der ehemalige Besitzer wider den gegenwärtigen mit der Publiciana auftritt, beide aber auf ihren Titel und Possession sich stützen. Hiernächst kommt es auf die Interpretation der Worte an: *qui tantum emit*. Heißen sie soviel als 1) wer die Sache zwar zuerst gekauft, aber nicht tradirt erhielt, wie sie Voet[56]) versteht? oder heißen sie 2) soviel, als: wem die Sache zwar zuerst verkauft, aber zuletzt tradirt worden ist, wie sie Cujaz[57]) erklärt? oder wollen sie 3) soviel sagen: wer die Sache von dem nämlichen Nichteigenthümer kaufte, auch tradirt erhielt, aber zuletzt, nachdem dieser schon vorher einem Andern die Sache verkauft und tra-

56) Commentar. ad Pand. h. t. §. 6.

57) Observation. Lib. XVIII. cap. 31. in fin.

dirt hatte, wie sie **Franz Schömann**[58]) ausgelegt wissen will? Letztere Erklärung verdient wohl billig den Vorzug, da weder die **Voetische**, noch die **Cujazianische** mit der Natur der publicianischen Klage, als welche beim Kaufe nicht nur die geschehene **Uebergabe** der Sache, sondern auch **Rechtmäßigkeit** des **Besitzes** erfordert, zu vereinigen ist. Hingegen konnte **Ulpian** von dem zweiten Käufer, auf welchen der arglistige Verkäufer kein weiteres Usucapionsrecht übertragen konnte, im Verhältniß zu dem ersten Käufer, welcher durch die Uebergabe nur allein in conditionem usucapiendi versetzt worden ist, mit Recht sagen: *tantum emit*, weil die Tradition in Rücksicht seiner ohne rechtliche Wirkung blieb.

Da **Ulpian** blos von dem Falle redet, wenn der Hauptstreit **zwischen beiden Käufern** ist, so entsteht die Frage, wer von denselben den Vorzug habe, wenn **gegen einen dritten Besitzer** der Sache die Publiciana anzustellen ist? Man entscheidet diese Frage gewöhnlich so, daß derjenige den Vorzug habe, welcher die Sache zuerst apprehendirt hat, und versteht von diesem Falle die Stelle des **Neratius** *L.* 31. §. 2. *D. de action. emti venditi*, um sie mit der *L.* 9. §. 4. *D. h. t.* zu vereinigen[59]).

58) Handbuch des Civilrechts 2. B. Nr. III. S. 54. ff.

59) *Reinh.* Bachovius Tr. de actionib. Disp. III. Th. 22. *Iul.* Pacius *Εναντιοφαν.* s. LL. conciliatar. Centur. V. Qu. 14. *Io.* Schilter Prax. iur. Rom. Exerc. XVI. §. 68. *Ulr.* Huber in Praelect. ad Pand. h. t. §. 3. *Ant.* Schulting Thes. controvers. Dec. XIX. Th. 10. *Ios.* Finestres in Hermogeniano Tom. II. Lib. IV. pag. 809. *Io. Ortw.* Westenberg Princip. iuris

Neratius sagt nämlich: Uterque nostrum eandem rem emit a non domino, cum emtio venditioque sine dolo malo fierit, traditaque est: sive ab eodem emimus, sive ab alio, atque alio, is ex nobis tuendus est, *qui prior ius eius adprehendit*, hoc est, *cui primum tradita est*; si alter ex nobis a domino emisset, is omnimodo tuendus est. Allein andere[60]) nehmen mit mehrerem Grunde an, daß die Frage, von welcher hier die Rede ist, unter den alten römischen Rechtsgelehrten streitig gewesen, und Neratius ein Proculianer, hierin von der Meinung des Julians, eines Sabinianers, abgegangen sey. Es läßt sich dieses auch schon aus der Aeußerung des Ulpians: *Quae sententia vera est*, mit Zuverläßigkeit schließen. Es erhellet aber auch zugleich hieraus, daß Julians Meinung in der Praxis den Vorzug erhalten habe[61]). Daher hätte die *L.* **31.** entweder ganz wegbleiben, oder nicht unabgeändert gelassen werden sollen. Sie findet sich auch in den Basiliken nicht. Um jedoch wieder auf die vorige Frage zu kommen, so ist die Meinung

sec. ord. Dig. h. t. §. 17. Hofacker Princ. iuris civ. T. II. §. 1032. not. c. und Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 345. Not. 3.

60) *Ger.* Noodt in Comm. ad Dig. h. t. pag. 206. Pothier Pandect. Iustin. h. t. Nr. XXIII. not. p. Westphal System des R. R. über die Arten der Sachen §. 1020. u. 1021. Emminghaus ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 2. not. z. Thibaut Syst. des P. R. 2. B. §. 573. a. E.

61) *Ant.* Faber de Errorib. Pragmaticor. P. IV. Dec. LXXXVI. Err. 7. et 8. streitet zwar für des Neratius Meinung. Allein seine Gründe hat Bachovius c. l. pag. 84. sqq. ausführlich widerlegt.

derjenigen Rechtsgelehrten, welche dem ältern Käufer, dem die Sache zuerst tradirt worden ist, den Vorzug vor dem jüngern einräumen, nicht außer Zweifel, weil sich hiervon kein befriedigender Grund angeben läßt. Westphal[62]) hält es daher für vernünftiger, daß beide Käufer als gleich angesehen würden, und neben einander den Prozeß gewönnen. Allein Pothier[63]) glaubt vielmehr, daß für den zu sprechen sey, der zuerst geklagt hat. Dem andern bleibe seine Klage gegen diesen unbenommen. Hat der erste Kläger den Besitz der Sache erhalten, so trete nun ganz der Fall der *L.* 9. §. 4. *D. h. t.* und folglich dessen Entscheidung ein. Meiner Meinung nach muß die Frage aus *L.* 57. *D. de rei vindic.* und *L.* 57. *D. de heredit. petit.* entschieden werden. Ich habe diese Stellen schon an einem andern Orte[64]) erklärt.

Man kann sich nun aus dem allen von selbst erklären, was das heißt, bei der Publiciana müsse der Beklagte ein solcher seyn, welcher ein schwächeres Recht hat, (qui *infirmiori* s. *debiliori iure* possidet). Es wird nämlich überhaupt darunter ein solcher Besitzer verstanden, welcher die Sache nicht usucapiren kann[65]). Dahin gehört, wenn der Beklagte entweder gar keinen rechtmäßigen Titel für sich hat, oder nicht in bona fide ist, oder die Sache von demselben Nichteigenthümer ge-

62) a. a. O. §. 1021. a. E.

63) Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. XXIII. not. p. p. 226.

64) S. oben §. 588. Not. 56. S. 226. folg.

65) Bachovius de actionib. Disp. III. Th. 21. Woltaer Observat. iur. civ. et Brandenb. Fasc. II. Obs. 30. pag. 101.

kauft hat, von dem sie der Kläger schon vorher gekauft und tradirt erhalten hatte. Einige[66]) rechnen auch noch den Fall hierher, wenn der Beklagte die Sache ex titulo lucrativo besitzt, welche der Kläger titulo oneroso erhalten hatte. Denn da hier der Kläger einen positiven Schaden abzuwenden sucht, während der Beklagte um die Beibehaltung eines bloßen Gewinnes streitet, so verdiene der Kläger mehr Begünstigung[67]). Allein nach meinem Grundsatz kommt es darauf an, ob die Schenkung, welche der Beklagte für sich anführt, unter solchen Umständen geschehen ist, daß er dadurch in conditionem usucapiendi versetzt worden ist, oder nicht. Denn Ulpian[68]) sagt: Est *iustus possessor*, qui liberalitatem accepit.

Es giebt nun Fälle, wo die Publiciana auch sogar gegen den Eigenthümer selbst mit Wirkung angestellet werden kann. Dahin gehört,

1) wenn der Kläger dem Eigenthümer den Werth der Sache bezahlt hat, die durch seine Schuld verloren gieng, und die Sache nachher wieder in dessen Hände kommt[69]). Denn es wird rechtlich angenommen, der vori=

66) Voet h. t. §. 7. und Malblanc in Dig. h. t. §. 413. P. II. pag. 162.

67) Arg. *L.* 6. §. 11. *D. Quae in fraud. creditor.*

68) *L.* 7. §. 3. *D. h. t.*

69) *L.* 63. *D. de rei vindic.* *L.* 22. *pr. D. de actione rer. amotar.* Daß diese Stellen von der Publiciana zu verstehen sind, haben Voet in Comm. h. t. §. 8. und Cujacius Observation. Lib. X. cap. 6. deutlich dargethan.

ge Eigenthümer habe durch Annehmung des Werths die Sache an den jetzigen Kläger verkauft[70]).

2) Wenn der Nichteigenthümer, von dem der Kläger die Sache b. f. kaufte, und nach Bezahlung des Kaufgeldes tradirt erhielt, nachher das Eigenthum der Sache erworben hat. Hier kann der Kläger de dolo repliciren, wenn der Beklagte, in dessen Hände die Sache zufällig wieder gerathen ist, der Publiciana die exceptionem dominii entgegensetzen wollte[71]).

3) Wenn der Bevollmächtigte des Eigenthümers die Sache, welche der Kläger von demselben der Vollmacht gemäß gekauft hat, der von dem Gewaltgeber nachher erhaltenen unrechtmäßigen Gegenordre ungeachtet, dem Kläger tradirte. Hier wird der Käufer wider den Eigenthümer geschützt, er mag die Sache noch besitzen, oder gegen jenen als Kläger auftreten[72]).

4) Wenn die Sache dem Kläger wider den Eigenthümer durch richterliche Sentenz rechtskräftig zugesprochen worden ist. Hier kann er den Eigenthümer, wenn ihm dieser die exceptio dominii entgegensetzt, mit der replica rei iudicatae zurückweisen[73]).

70) *L.* 1. *et* 3. *D. pro emtore.* S. Schorch Diss. de actione public. adv. ipsum dominum compet. §. 13.

71) *L.* 72. *D. de rei vindic. L.* 2. *D. de except. rei vend. et traditae. L.* 4. §. 32. *D. de doli mali et met. except.* Schorch cit. Diss. §. 10.

72) *L.* 14. *D. h. t.* Schorch cit. Diss. §. 11.

73) *L.* 24. *D. de except. rei iudic.* Schorch. §. 14.

5) Wenn der Kläger die Sache von einem Nichteigenthümer aus einer solchen causa erhielt, aus welcher der wahre Eigenthümer selbst hätte belangt werden können. Z. E. der Kläger erhielt die Sache ex causa noxali, und diese gerieth nachher zufällig wieder in des Eigenthümers Hände. Hier kann der Kläger die ihm entgegengesetzte exceptio dominii durch die replicam doli mali entkräften [74].

Viele [75]) glauben, daß auch in der *L.* 57. *D. mandati* ein solcher Fall enthalten sey, wo die Publiciana gegen den Eigenthümer selbst gestattet werde. Die Stelle, welche aus PAPINIANI *libro* 10. *Responsorum* genommen ist, lautet so: Mandatum distrahendorum servorum defuncto, qui mandatum suscepit, intercidisse constitit. Quoniam tamen heredes eius errore lapsi, non animo furandi, sed exsequendi, quod defunctus suae curae fecerat, servos vendiderant, eos ab emtoribus usucaptos videri placuit. Sed venalitiarium ex provincia reversum, *Publiciana actione non utiliter acturum*, cum exceptio iusti dominii, causa cognita, detur, neque oporteat eum, qui certi hominis fidem elegit, ob errorem, aut imperitiam, heredum adfici damno. Man

74) *L.* 28. *D. de noxal. action.* SCHORCH §. 12.

75) CUJACIUS Lib. X. Observat. cap. 6. BACHOVIUS de actionib. Disput. III. §. 23. pag. 87. POTHIER Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. XXII. BOECKELMANN Commentar. in Dig. h. t. §. 9. REINOLD Diss. ad L. 57. D. Mandati; in *Opuscul. iurid.* a IUGLERO edit. pag. 243. seqq. *Io. Gottfr.* SAMMET Recept. Lection. ad *Iauchium* Disput. II. (*Lipsiae* 1749. 4.) Cap. 9. (in *Opuscul.* pag. 137. sqq.) Westphal System §. 1023. u. a m.

hält diese Stelle für eine der schwierigsten in den ganzen Pandecten, die ohne Abänderung der Leseart nicht füglich erklärt werden könne. Wenn man aber statt *non utiliter* lieset: *non inutiliter*, so glaubt man alle Schwierigkeit dadurch gehoben zu haben. Diese Leseart hat auch wirklich die Auctorität der Basiliken für sich, in welchen nach der Fabrotischen Ausgabe[76]) die Worte so lauten: *ὑποςρέφων δὲ ἐκ τῆς ἐπαρχίας ὁ σωματέμπορος καλῶς κινεῖ τὴν πουβλικικνήν.* d. i. *Venalitiarius autem ex provincia reversus recte agit Publiciana.* Nicht minder haben Jacob Vintimillius[77]) und Lud. Charondas[78]) in ihren Ausgaben der Pandecten angemerkt, daß sie selbst in einigen alten Handschriften die Leseart *non inutiliter* gefunden hätten. Dieser Leseart zu Folge sey nun der Fall des Gesetzes so darzustellen: Ein zu Rom wohnender Sklavenhändler (venalitiarius, mango) hatte von einem Nichteigenthümer bona fide verschiedene Sklaven gekauft. Dieser gab vor seiner Abreise in die Provinz Jemanden den Auftrag, ihm solche wieder zu verkaufen. Der Bevollmächtigte starb aber noch vor der Vollziehung des Auftrags. Indessen verkauften desselben Erben noch die ihrem Erblasser übergebenen Sklaven, weil sie, unwissend, daß der Auftrag durch den Tod desselben erloschen sey, glaubten, daß ihnen, als Erben, die Vollziehung desselben obliege. Da sich die Käufer in bona fide befanden, so hatten diese die ihnen verkauften Sklaven

76) Tom. II. Lib. XIV. Tit. 1. pag. 160.

77) Edit. Pandectar. *Paris* 1548. 8.

78) Edit. Pand. *Antwerpiae.* 1575. f. pag. 206. Charondas bemerkt jedoch, daß in seiner Handschrift das *non* in Parenthesi stehe.

usucapirt. Unterdessen kommt der Sklavenhändler, der den Auftrag ertheilt hatte, aus der Provinz zurück. Er erfährt daß der Bevollmächtigte gestorben, und die Sklaven erst nach desselben Tode von den Erben verkauft worden sind. Diese sind überdem insolvent. Nun entstand die Frage, ob er nicht gegen die Käufer mit der Publiciana klagen könne? Papinian, sagt man, habe diese Frage dahin entschieden, daß die Publiciana unter den vorliegenden Umständen allerdings Statt habe. Zwar stehe sonst dieser Klage die exceptio iusti dominii entgegen; und es scheine, daß sich die Käufer der Sklaven damit schützen könnten, weil sie die Usucapion für sich hätten. Allein diese exceptio habe nicht schlechthin Statt, sondern nur causa cognita, d. i. wenn nicht besondere Gründe eintreten, aus welchen der Eigenthümer gegen die Strenge des Rechts dem Kläger weichen muß. Dergleichen Grund sey nun hier vorhanden, denn der Irrthum der Erben könne dem Kläger, der blos ihrem Erblasser aus besonderm Vertrauen den Auftrag gegeben hatte, nicht zum Nachtheil gereichen. Allein nach dieser Ansicht würde der Venalitiarius nicht sowohl unsere Publiciana, sondern vielmehr die actio rescissoria, welche auch Publiciana[79]) genannt wird, anstellen müssen, weil ja derselbe in der That gegen die Usucapion die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand aus dem Grunde der Abwesenheit suchen würde. Dies behaupten auch wirklich mehrere Rechtsgelehrten[80]).

79) *L*. 35. *D. de obligat. et act.*

80) Voet in Comment. ad Pand. Lib. XVII. Tit. I. §. 16. *Ian. a* Costa in Commentar. ad §. 3. I. de actionib. pag. 521. Struv in Syntagm. iur. civ. Exerc. XXII. Th. 15. Meier in Colleg. iuris argentorat. h. t. §. 14. in fin. de Cocceji iur. civ. controv. Lib. XVII. Tit. I. Qu. 18. und Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 407. Not. 3.

Sammet[81]) meint sogar, daß hier von beiden Klagen die Rede sei. Der vollständige Sinn der Worte hätte also eigentlich so ausgedrückt werden sollen: *Sed venalitiarium ex provincia reversum rescissoria non utiliter acturum, cum exceptio iusti dominii causa cognita detur; sed quasi Publiciana, cum nec oporteat* etc. Auf solche Art könnte man die Basiliken mit den Pandecten vereinigen, ohne daß eine Aenderung der Leseart nöthig sei. Allein man hat in der That nicht nöthig, zu solchen divinatorischen Interpretationen seine Zuflucht zu nehmen. Es ist auch gar kein hinlänglicher Grund vorhanden, von der gemeinen Leseart abzugehen; welches auch der florentinische Text bestätiget. Die Basiliken sind zwar ein vortreffliches Hülfsmittel bei der Erklärung des Justinianeischen Rechts, und unzählige Stellen aus demselben haben durch sie Licht und Integrität erhalten. Allein man würde sich, wie schon Joh. Wilhelm Hoffmann[82]) gründlich bemerkt hat, sehr irren, wenn man glauben wollte, daß nach Fabrot in den Basiliken nichts mehr zu emendiren übrig sei. Er selbst führt merkwürdige Beispiele hiervon an[83]), und wie leicht kann nicht auch in unserer Stelle das Wörtchen ὁ durch Nachläßigkeit aus dem griechischen Text weggelassen sein? Es ist dies wenigstens viel wahrscheinlicher, als

81) Cit. Lection. recept. ad *Iauchium* Cap. IX. §. 4. in *Opuscul.* pag. 142. sq.

82) Observationes var. s. Meletem. ad Pandect. Diss. XI. §. 2.

83) Er sagt a. a. O. *In una de familia erciscunda tractatione* QUATUORDECIM *naevos* (sie werden alle von ihm namentlich angeführt) *observavi, quos vel librariorum, vel operarum, vel ipsorum veterum Interpretum reliquit negligentia.*

daß die Partikel *non* sich durch Irrthum in den lateinischen Text eingeschlichen haben sollte. Doch zur Hauptsache. Der ganze Context lehrt, daß in unserer Stelle blos die Frage entschieden werde, was ein durch den Tod des Bevollmächtigten erloschenes Mandat, wenn es dennoch von den Erben aus Irrthum vollzogen worden, für eine rechtliche Wirkung hervorbringe? Papinian entscheidet die Frage dahin, die Käufer welche von den Erben in gutem Glauben gekauft haben, werden dadurch in eine die Usucapion begründende Lage versetzt. Allein unter den Käufern befand sich auch ein gewisser venalitiarius, (Sklavenhändler) — dieser war also keineswegs, wie man irrig glaubt, derjenige selbst, der den Auftrag zum Verkauf der Sklaven gegeben hatte, wie zuerst J. Godefroi [84]) ganz überzeugend dargethan hat. — Dieser Käufer, welcher kurz darauf in die Provinz reisete, hatte noch vor dem Ablauf der Verjährungszeit den Besitz eines von den gekauften Sklaven wieder verloren, und dieser war zufälligerweise zu seinem alten Herrn zurückgekehrt. Wie dieser Venalitiarius nach seiner Zurückkunft aus der Provinz hiervon Nachricht erhielt, wollte er gegen den Besitzer die Publiciana anstellen. Es entstand also die Frage, ob sie unter diesen Umständen Statt habe? Papinian entscheidet die Frage ganz richtig dahin, der venalitiarius werde mit der Publiciana nichts ausrichten. Denn erstens stehe dem Kläger die exceptio iusti dominii entgegen. Nun kann zwar in gewissen Fällen die Publicianische Klage wohl auch gegen den Eigenthümer selbst mit Erfolg angestellt werden, — hierauf zielen die Worte: *causa cognita;* — allein ein solcher Fall war

84) *Iac.* Gothofredus Animadversion. iuris civ. Cap. XI. (in *Ev.* Ottonis *Thes. iuris Rom.* Tom. III. pag. 293. sqq.)

hier nicht vorhanden, es stand vielmehr der Klage zweitens auch noch der Grund entgegen, daß nach Recht und Billigkeit der Irrthum oder Unverstand der Erben dem Eigenthümer, welcher zum Verkauf seiner Sklaven einer bestimmten Person aus besonderm Vertrauen den Auftrag gegeben hatte, nicht zum Schaden gereichen könne. So erklärte diese Stelle zuerst J. Godefroi[85]) richtig, ihm folgte Anton Schulting[86]), und Püttmann[87]) hat das Verdienst, durch Widerlegung der Reinoldischen und Sammetschen Hariolationen die Sache vollends außer allen Zweifel gesetzt zu haben.

Uebrigens hat die Publiciana, so gut, wie die rei vindicatio, sowohl gegen den wahren, als fingirten Besitzer Statt, und es treten hier die oben (§. 586.) vorgetragenen Grundsätze ein[88]). Ueberhaupt ist hier, außer den angegebenen unterscheidenden Eigenschaften, bei der Publiciana alles ebenso, wie bei der Reivindication[89]). (§. 596.) Man kann sich daher auch der Publiciana bedienen, wenn man nur an einen Theil der Sache Anspruch macht[90]).

85) a. a. O.

86) Thesium controversar. Decad. XIX. §. 1. (in Eius *Commentationib. academ.* Vol. III. pag. 53. sq.)

87) Probabilium iuris civ. Lib. I. cap. 1. Man vergleiche auch noch Schorch Diss. cit. de actione public. adversus ipsum dom. compet. §. 15.

88) S. *Vinc.* Rumpf Diss. de Rei vindicatione Sect. I. §. 11. Hofacker Tom. II. §. 1032.

89) Hofacker T. II. §. 1033.

90) *L.* 12. §. 6. *D. h. t.* Si pro parte quis rem petere vult, Publiciana actione uti potest. Beispiele enthalten *L.* 11. §. 6. 7. *et* 8. *D. h. t.* Man sehe auch Noodt Commentar. ad Pandect. h. t. pag. 206.

## §. 599.

### Kann sich der wahre Eigenthümer der Publiciana bedienen?

Ob auch der wahre Eigenthümer selbst sich der Publiciana bedienen könne, ist streitig. Mehrere [91]) läugnen dieses aus dem Grunde, weil er die Reivindication anstellen kann, und der Hülfe des Prätors nicht bedarf. Ulpian [92]) sage ausdrücklich bei Erklärung der Worte des Edicts: Merito Praetor ait: *nondum usucaptum.* **Nam si usucaptum est, habet civilem actionem,** ***nec desiderat honorariam.*** Diese letztern Worte erklärt man so: **non habet hanc actionem.** Allein man unterscheide, der wahre Eigenthümer, als solcher, kann sich freilich der Publiciana nicht bedienen, außer wenn er sie alternativ mit der Reivindication cumulirt, und dies kann ihm in dem Falle von großem Nutzen seyn, wenn er nicht ganz überzeugt ist, daß er den strengen Beweis seines Eigenthums durchführen werde [93]). Als **bonae fidei possessor** hingegen kann auch der Eigenthümer von der Publiciana Gebrauch machen, um sich den Beweis des Eigenthums zu erleichtern, den er sonst bei der Reivindication übernehmen müßte. Diesem ist auch die aus Ulpian angeführte Stelle nicht entgegen. Denn offenbar will sie anders nichts sagen, als daß derjenige, welcher die Usucapion für sich hat, schon mit der Reivindication durchkomme,

91) *Io. Iac.* Wissenbach in Exercitat. ad Pand. Disputat. XVIII. Th. 23. p. 179. und Voet in Commentar. ad Pand. h. t. §. 3.

92) *L.* 1. §. 1. *D. h. t.*

93) Arg. *L.* 1. §. 4. *D. Quod. legator. Cap.* 3. *de sentent. et re iudic. in 6to* Bronchorst *Εναντιοφαν.* Centur. I. Assert. 76.

und folglich der Publiciana nicht benöthiget sey. Dadurch wird nun aber der Gebrauch der Publiciana dem Eigenthümer um so weniger entzogen, je bekannter die Maxime des Prätors ist, den Gebrauch seiner Rechtsmittel auch denen zu verstatten, die auch sonst schon nach dem Civilrecht gedeckt sind. Man denke nur z. B. an die Bonorum possessio [94]). Sehr merkwürdig ist es auch, was Ulpian [95]) sagt: Si petenti mihi rem, iusiurandum detuleris, egoque iuravero, *rem meam esse;* competit Publiciana mihi, sed adversus te duntaxat. Ei enim soli nocere debet iusiurandum, qui detulit. Es ist hier von einem außergerichtlichen Eide die Rede, welchen der Besitzer dem Kläger, als dieser die Sache in Anspruch nahm, deferirt hatte. Ein solcher Eid wurde wie ein Vergleich angesehen, und was mittelst desselben war beschworen worden, einem rechtskräftigen Erkenntniß gleich geachtet [96]). Hatte also der Kläger nach dem geschehenen Antrage des Besitzers geschworen, daß ihm die in Anspruch genommene Sache zugehöre, so wurde sie nun auch ohne Weiteres in Rücksicht des Deferenten für das Eigenthum des Schwörenden gehalten, und es kam hier auf

94) Mit mir stimmen überein Bachovius in Tr. de actionib. Diss. III. Th. 17. Huber Praelect. iuris civ. sec. Institut. Lib. IV. Tit. 6. §. 7. pag. 480. Schulting Thesium controvers. Decad. XIX. Th. 4. Westenberg Princ. iuris sec. ord. Digestor. h. t. §. 19. *de* Cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 5. Hofacker Princip. iur. civ. T. II. §. 1031. und Thibaut Syst. d. P. R. 2. B. §. 571.

95) *L.* 7. §. 7. *D. h. t.*

96) *L.* 2. *D. de iureiur. L.* 1. *pr. D. Quar. rer. actio.*

weiter gar nichts als auf den abgelegten Eid an[97]). Auf diesen Eid, als auf eine nova und adiectitia qualitas, konnte nun auch geradezu die Klage gegründet werden, und der Eid diente statt alles weitern Beweises[98]). Nach dieser Ansicht könnte also auch diese Stelle einen Beweis abgeben, daß die Publiciana dem Eigenthümer selbst gestattet sey[99]). Allein man erwäge, daß die hier genannte Publiciana eigentlich keine andere Klage, als die actio in factum ex iureiurando sey, wie Ulpian[100]) an einem andern Orte selbst ausdrücklich sagt. Diese Eidesklage ist blos eine adiectitia qualitas der vorigen oder alten Klage, welche derselben nur die besondere Eigenschaft giebt, daß wenn auch die vorige eine actio in rem war, dieselbe doch nun, wenn sie auf den geleisteten Eid gegründet wird, als eine actio in personam, natürlich gegen keinen andern angestellet werden kann, als gegen den, welcher den Eid deferirt hat, oder wer sonst desselben Person rechtlicher Art nach vorstellt[1]).

97) *L.* 5. §. 2. *L.* 9. §. 1. *D. eodem.* §. 11. *I. de actionib. L.* 56. *D. de re iudicata.*

98) *L.* 11. §. 1. 2. *et* 3. *D. de iureiur. L.* 30. *D. eodem.*

99) Dieses Argument braucht auch Emminghaus ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 5. not. c. gegen Voet.

100) *L.* 11. §. 1. *D. de iureiur.*

1) *L.* 9. §. 7. *D. eodem.* Hierin stimmen auch überein Vinnius in Comment. ad §. 11. I. de actionib. *Ian. a* Costa in Comm. ad eund. §. I. Voet in Comm. ad Pand. Lib. XII. Tit. 2. §. 18. Noodt Comm. ad Dig. Tit. de iureiur. pag. 283. Donnellus in Comment. iuris civ. Libr. XXIV. cap. 16. Duarenus in Commentar. in Tit. Dig. de iureiur. cap. 20. — 25. (in *Operib.* pag. 212.) Schulting Thes. controversar. Decad. XXXIX. Th. 10. Huber in Praelect. ad Instit. Lib. IV. Tit. 6. §. 15. Franzkius in Comm. ad Pand. Tit. de iureiur. nr. 146. sqq.

Quia non debet alii nocere, quod inter alios actum esset [2]). Gegen einen Dritten giebt indessen der geleistete Eid doch einen rechtmäßigen Titel, wodurch eine praescriptio longi temporis begründet werden kann [3]). Es

2) *L.* 10. *D. de iureiur.*

3) *L.* 13. §. 1. *D. eodem.* Iulianus ait, eum, qui iuravit, *fundum suum esse*, post longi temporis praescriptionem etiam utilem actionem habere debere. Diese Stelle wird sehr verschieden erklärt. *Guil.* Barclajus ad Tit. Pand. de iureiur. h. l. bei Otto in *Thes. iur. Rom.* Tom. III. pag. 942. setzt das Unterscheidungszeichen nach dem Worte praescriptionem, und erklärt die Stelle so: wenn derjenige, der durch die longi temporis praescriptio gedeckt war, dem petitori den Eid darüber deferirt, und dieser geschworen hätte, daß das Grundstück ihm gehöre, so habe nun die Publiciana gegen den Besitzer Statt, und die praescriptio helfe diesem nichts mehr, sondern er müsse dem Kläger weichen. Allein diese Erklärung hat schon *Ant.* Faber in Rational. ad h. L. P. III. Tom. I. pag. 116. mit Recht verworfen. Sie wird auch durch die *Basilica* widerlegt, in welchen Tom. III. Lib. XXII. Tit. 5. pag. 122. die Worte eben so lauten: *Ο ὀμόσας αὐτȣ̃ τόν ἀγρόν ἔιναι, μετὰ την χρονίαν παραγραφὴν ἔχει καὶ ὀυτιλλίαν ἀγωγὴν.* Ich kann indessen auch der Erklärung des Fabers nicht beistimmen, wenn er diese Stelle von einem solchen Besitzer verstehen will, der post completam longi temporis possessionem, von dem wahren Eigenthümer mit der Reivindication belangt worden, und auf dessen Antrag geschworen hat, daß das Grundstück ihm gehöre. Nach dieser Erklärung soll der Eid nun die Wirkung haben, daß hierdurch nicht nur dem Besitzer die exceptio praescriptionis erhalten werde, die ihm schon vorher gegen den Eigenthümer zustand, sondern er habe auch nun eine Klage, zwar keine actio in rem, aber doch in factum, wenn er den Besitz zufällig verloren hätte, nämlich gegen denjenigen, der ihm den Eid zuge-

erhellet zugleich hieraus, daß sich durch diese Stelle nicht, wie einige [4]) wollen, die Zahl der Fälle vermehren lasse, wo die publicianische Klage mit Bestand gegen den Eigenthümer selbst angestellet werden kann, wie Schorch [5]) einleuchtend gezeigt hat. Noch ist zu bemerken, daß die Publiciana auch dann noch mit Wirkung angestellt werden kann, wenn der Prozeß mit der Reivindication verloren ging [6]). Wer übrigens sich lebhaft von den nachtheiligen

schoben hat, wofern etwa dieser den Besitz wieder erhalten haben sollte. Allein Faber geht hier von dem unrichtigen Prinzip aus, als ob die longi temporis praescriptio an sich keine Klage, sondern eine bloße Exception begründet hätte. Unstreitig hatte aber die longi temporis praescriptio unter den Kaisern durch Einführung einer rei vindicatio utilis den Charakter der erwerbenden Verjährung angenommen, wie Hr. Prof. Dabelow in s. Schrift über die Verjährung §. 42. mit Beziehung auf unsere Stelle sehr richtig bemerkt hat. Daß hier unter *utilis actio* die rei vindicatio utilis zu verstehen sey, bestätigt auch der griechische Scholiast, welcher bei unserer Stelle nach Fabrot Tom. III. *Basilicor.* pag. 159. bemerkt: *Magis tamen est, ut dicamus, statim quidem actionem habere adversus eum, qui iusiurandum detulit: post temporalem autem praescriptionem, quasi dominio usu temporis iam quaesito, utilem in rem habet.* Mit mir stimmt auch Malblanc in doct. de iureiurando §. 63. nr. IV. überein.

4) *de* Cocceji iur. civ. contr. h. t. Qu. 7. nr. 4. Westenberg Princip. iuris sec. ord. Dig. h. t. §. 22. nr. IV. Hofacker Princip. iuris civ. T. II. §. 1032. in fin. Malblanc Dig. P. II. §. 413. II. 4.

5) Dissert. saep. cit. §. 16.

6) *L.* 39. §. 1. *D. de evictionib.* S. *Christ.* Waechtler ad Tit. Dig. de eviction in *Opusc. iurid. a Christ. Heinr.* Trotz

Folgen überzeugen will, die aus unterlassener Cumulation der Reivindication mit der Publiciana entstehen können; wird ein warnendes Beispiel bei Wernher[7]) finden, welches verdient von allen Advocaten wohl beherziget zu werden.

edit. pag. 79. SCHULTING Thesium controversar. Dec. XIX. Th. 6. und Westphals Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf §. 294.

7) WERNHER Observat. for. Tom. II. Part. IX. Obs. 23. Formular einer solchen alternativen Cumulation beider Klagen haben Schmidt im Commentar über seines Vaters Lehrbuch von gerichtl. Klagen 2. B. §. 438. a. E. und BOEHMER in doctr. de actionib. Sect. II. Cap. II. §. 20. in fin.

## Lib. VI. Tit. III.

# Si ager vectigalis, id est, emphyteuticarius petatur.

---

### §. 600.

**Begriff von *ager vectigalis* und *emphyteusis*.**

Nicht nur die actio publiciana, wie schon im vorigen Titel bemerkt worden ist, sondern auch eine actio in rem adversus quemvis possessorem, wie in den Gesetzen dieses Titels [8]) gesagt wird, findet bei denjenigen Gütern Statt, die man *agros vectigales*, oder *emphyteuticarios* nennt, und von welchen jetzt zu handeln ist [9]). Zwar wird ausdrücklich gesagt, die Besitzer dieser Grundstücke seien nicht domini. Allein daß dieses blos im strengen Sinn des alten Rechts zu nehmen sey, nach welchem das ius Quiritium an dem Grundstück der Municipalgemeinde verblieb, ist schon an einem andern Orte [10]) bemerkt wor-

8) *L.* 1. §. 1. *D. h. t.* Qui in perpetuum fundum fruendum conduxerunt a municipibus, quamvis non efficiantur *domini*, tamen placuit competere eis *in rem actionem* adversus quemvis possessorem: sed et adversus ipsos municipes.

9) Man vergleiche *Pet.* Burmanni Diss. de vectigalibus Pop. Rom. *Leydae.* 1734. 4. Cap. I. *Iani a* Costa Praelectiones ad illustriores quosd. titulos locaque selecta iuris civ. *Lugd. Batav.* 1773. pag. 346. sqq. *Ant.* Faber de Errorib. Pragmaticor. Dec. LXV. Err. 4. *C.* Crebs Diss. de agro vectigali et emphyt. *Ultraj.* 1733. und *Ge. Sam.* Madihn Diss. de vera indole agrorum vectigalium secundum iuris Rom. doctrinam. *Francof. ad Viadr.* 1773.

10) S. Tit. de rei vindicat. §. 577. S. 81.

den. Denn außerdem ist unläugbar, daß das an solchen Gütern eingeräumte Recht kein bloßer Nießbrauch, sondern schon vor Justinian eine Art von Eigenthum gewesen sey, wie sich auch in der Folge noch mehr ergeben wird. Die Klage, die deswegen gestattet wird, heißt auch *vectigalis actio*[11]), oder *actio, quae de fundo vectigali proposita est*[12]). Die meisten glauben, daß der Prätor diese actio in rem in seinem Edict eingeführt habe, welches, wie Cujaz[13]) dafür hält, so gelautet haben soll: *Si ager vectigalis petatur, causa cognita iudicium dabo.* Noch vollständiger hat es Heineccius[14]) dargestellt, nach welchem es heißt: *Si ager vectigalis petetur, neque is arbitrio iudicis restituetur, adversus eum, qui possidere dicetur, causa cognita iudicium dabo.* Allein Anton Faber[15]) streitet dagegen aus nicht unerheblichen Gründen. Für diese Meinung läßt sich auch noch der Grund anführen, daß Paulus in der oben angeführten Stelle[16]) das Wort *placuit* braucht, wodurch man gewöhnlich anzudeuten pflegte, daß etwas durch die Auctorität der römischen Rechtsgelehrten eingeführt worden sey[17]).

11) *L.* 15. §. 26. *D. de damno infecto.*

12) *L.* 66. *pr. D. de evictionib.*

13) Paratitla ad h. Tit. *Operum* Tom. II. pag. 10. edit. *Hannov.* 1602. f.

14) Opuscul. postum. Historiam Edictor. Edictique perpetui illustrant. pag. 472. seq.

15) De Erroribus Pragmaticor. Dec. LXV. Err. 3.

16) *L.* 1. §. 1. *D. h. t.*

17) Brissonius de Verbor. Signific. v. *Placere.*

Es fragt sich nun, was *agri vectigales* bei den Römern waren, welche nach der Rubrik des Titels mit den agris emphyteuticariis für Eins gehalten werden? Daß zu Justinians Zeiten beide Arten der Güter einerlei Rechte gehabt haben, ist außer Zweifel. Allein ehemals unterschied man bei den Römern zwischen agri vectigales und emphyteuticarii. Erstere sind unstreitig älter. Man nannte nämlich *agri vectigales* den Nachrichten zu Folge, die wir dem Appian[18]) und Hygin[19]) verdanken, die Grundstücke, welche von dem römischen Volke oder von den Städten, sowohl Municipien, als andern, oder auch von den Priestercollegien, und von den Vestalinnen auf lange oder kürzere Zeit, gewöhnlich auf 5 oder 100 Jahre gegen eine jährliche Abgabe (vectigal), welche bald in Geld, bald in Früchten[20]), bestand, verpachtet wurden[21]). Bei solchen Grundstücken war es etwas We-

18) *De bello civili* Lib. I. pag. 353.

19) *De conditionibus agrorum* bei *Wil.* Goesius inter rei agrariae Auctores *Amstelodami* 1674. 4. pag. 205.

20) Hygin sagt in einer andern Stelle *de limitibus constituendis* bei Goesius pag. 198. die Abgabe an jährlichen Früchten habe gewöhnlich in dem fünften oder siebenten Theile des Ertrags bestanden. Appian hingegen erzählt, daß bei unbebaueten Grundstücken, die durch den Krieg verwüstet waren, jährlich der zehnte Theil von den gesäeten, und der fünfte von den gepflanzten Früchten, vectigalis nomine, habe abgegeben werden müssen.

21) Von diesen agris vectigalibus waren die *praedia stipendiaria* et *tributaria* unterschieden, obgleich beide Arten der Güter in gewisser Rücksicht eine große Aehnlichkeit mit einander hatten, wie ich an einem andern Orte (S. 318.) gezeigt habe.

sentliches, daß nie ein bloßer Privatmann das Obereigenthum davon haben konnte. Der Besitzer hingegen hatte ein dem Eigenthum sehr ähnliches Recht daran, welches unsere heutigen Rechtsgelehrten ein dominium utile zu nennen pflegen. Er entrichtete davon nur eine jährliche Abgabe an seinen Verpächter, und hatte im Uebrigen die freie Disposition darüber[22]). Es verstand sich auch von selbst, daß der Pächter nicht usucapiren konnte[23]). In den Pandecten werden die agri vectigales schon in einer viel eingeschränktern Bedeutung genommen. Hier werden überall nur die Güter der Städte, wenn sie in Erbpacht gegeben wurden, *agri vectigales* genannt. Paulus sagt: Agri civitatum alii *vectigales* vocantur, alii *non vectigales*[24]). VECTIGALES vocantur, *qui in perpetuum locantur:* id est hac lege, ut tamdiu[25]) pro illis vectigal pendatur, quamdiu neque ipsis, qui conduxerint, neque his, qui in locum eorum successerunt, auferri eos liceat. *Non vectigales* sunt, qui ita colendi dan-

22) S. Hugo Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts §. 148. der zweiten Aufl.

23) S. von Savigny Recht des Besitzes §. 9. Nr. 5. lit. A.

24) So ist statt der gemeinen Leseart: alii *non*, mit Faber de Err. Pragmat. Dec. LXV. Err. 4. richtiger zu lesen.

25) Das tamdiu und quamdiu steht hier verkehrt. IENSIUS in Strictur. ad Rom. iuris Pand. pag. 43. leitet dieses nach seiner bekannten Meinung von einer fehlerhaften Uebersetzung aus dem Griechischen her, wo das Wort ἐφ᾽ ὅσον pro re nata sowohl für tamdiu quamdiu als umgekehrt gebraucht wird. In den Basiliken Tom. II. Lib. XV. Tit. 3. pag. 230. heißt es ganz richtig: ἐφ᾽ ὅσον τὸ τέλος δίδοται i. e. *quamdiu vectigal pendetur.*

tur, ut privatim agros nostros colendos dare solemus [26]). Nach diesem Begriff von agris vectigalibus wurde nun zwar gemeiniglich dem Besitzer das Grundstück auf beständig eingegeben. Aber schlechthin nothwendig war doch ein immerwährendes Recht des Pächters nicht; Paulus [27]) lehrt selbst an dem nämlichen Ort, daß auch bei dem Temporalpacht eines agri vectigalis alles eben so, wie beim Erbpacht, gewesen sey [28]), wofür auch die aus Hygin [29]) angeführte Stelle zu beweisen scheint. Soviel das rechtliche Verhältniß bei diesen Gütern anbetrifft, so wird zwar in den Gesetzen der Pandecten [30]) bei den agris vectigalibus zwischen der Proprietät oder dem dominium, welches den municipibus, als Verpächtern, zustand, und dem Rechte, was der Besitzer an dem fundo vectigali hatte, genau unterschieden. Es konnte daher auch der fundus vectigalis der Municipalgemeinde gültig vermacht werden [31]). Dessen ungeachtet wird in allen einzelnen Fällen das Recht des Besitzers eines solchen Grundstücks dem bloßen ususfructus entgegen, und dem prätorischen Eigen=

26) Man vergleiche noch *L.* 71. §. 5. *et* 6. *D. de legat. I.* *L.* 15. §. 27. *D. de damno inf.* *L.* 219. *D. de Verb. Signif.*

27) *L.* 3. *D. h. t.* Idem est, et si *ad tempus* habuerint conductum, nec tempus conductionis finitum sit. Daß diese Stelle mit der *L.* 1. zusammengehängt habe, bemerkt auch Charondas in seiner Ausgabe der Pandecten ad L. 3. not. a.

28) S. von Savigny a. a. O. Not. 2.

29) bei Goesius pag. 205.

30) *L.* 71. §. 5. *et* 6. *D. de legatis I.* *L.* 15. §. 26. *et* 27. *D. de damno infecto.*

31) *L. cit.* 71. §. 6. *D. de legat. I.*

thum gleichgesetzt, wie an einem andern Orte (S. 81. f.) mit mehreren gezeigt worden ist. Das ganze Verhältniß scheint, wie Herr von Savigny[32]) sehr richtig bemerkt hat, demjenigen ähnlich zu seyn, welches durch simple Tradition einer res mancipi entstand. Der Pächter hatte die Sache in bonis (S. 64.), folglich auch im juristischen Besitz. Er wird daher so gut wie derjenige, qui solam proprietatem habet, possessor genannt, und als ein solcher, eben so gut, wie der Eigenthümer eines Grundstücks, von prozessualischen Cautionen freigesprochen[33]). Der Verpächter dagegen behielt von seinem Eigenthum das nudum ius Quiritium zurück. Daraus erklärt sich nun auch, warum das Recht an dem fundo vectigali nur *possessio*[34]) genannt wird, weil bei demselben dem Besitzer das dominium iuris Quiritium fehlte, obwohl dennoch das Recht, die Sache zu haben, zu gebrauchen, und zu benutzen vorhanden war. Nur darin unterschied sich die possessio bei einem fundo vectigali von derjenigen, welche durch Tradition einer res mancipi entstand, daß bei dieser das zurückgebliebene nudum ius Quiritium durch Usucapion aufgehoben werden konnte, bei der unsrigen aber der Pächter gar nicht usucapiren konnte, folglich auch jenes Recht immer fortdauern mußte.

Die agri vectigales haben aller Wahrscheinlichkeit nach die Veranlassung zu den erst später entstandenen em=

32) a. a. O. §. 9. Nr. 5. A.

33) *L.* 15. §. 1. *D. Qui satisdare cog.*

34) *L.* 115. *D. de Verbor. Significat.* Diese Stelle ist oben (S. 65. Not. 69.) erklärt worden.

phyteutischen Gütern gegeben. Schilter[35]) leitet ihren Ursprung aus den Zeiten des Kaisers Constantin des Großen her. Allein die erste Spur davon findet sich in den Pandecten. Schon dem Ulpian war das ius *ἐμφυτευτικόν* bekannt[36]). Man sieht hieraus, daß der Name ***Emphyteusis*** aus der griechischen Sprache entlehnt ist, in welcher das Wort *ἐμφυτεύειν* soviel heißt, als säen oder pflanzen; und *ἐμφύτευσις* eigentlich eine **insitio surculi in arbore** bedeutet, wie es Cujaz[37]) erklärt. Der Zweck bei solchen Grundstücken, welche man **praedia emphyteutica** nannte, war also ursprünglich der, unbebauete Ländereien zu cultiviren, und für deren immerwährende Benutzung jährlich einen gewissen Erbzins zu entrichten[38]). Im Theodosianischen und Justinianeischen Codex kommen die **praedia iuris emphyteutici** schon sehr häufig vor, aber anfangs blos unter den Patrimonialgütern des Kaisers[39]), und mit ausdrücklicher Unterscheidung vom

35) Prax. iuris Rom. Exercit. XVI. §. 77.

36) *L.* 3. §. 4. *D. de rebus eor. qui sub tut. vel cura sunt.* Si ius ἐμφυτευτικὸν vel ἐμβατευτικὸν habeat pupillus, videamus, an distrahi hoc a tutoribus possit? Et magis est, non posse, quamvis ius praedii potius sit. Was *ius embateuticum* heiße, erklärt Heineccius ad *Brissonium* de Verbor. Significat. h. v.

37) In Paratitl. ad Cod. Lib. IV. Tit. 66.

38) Heineccius in Antiquitat. Rom. Syntagm. Lib. III. Tit. 23. §. 13.

39) S. *Lib. X. Cod. Th. Tit.* 3. *de locatione fundorum iuris emphyteutici*, und *Lib. XI. Cod. Iust. Tit.* 58. *de omni agro deserto et Tit.* 61. *de fundis patrimonialibus. Iac.* Gothofredus in Commentar. ad Cod. Theodos. Lib. X. Tit. 3. in Paratitl.

praedio vectigali[40]). In der Folge ward aber auch die Emphyteusis bei den Gütern der Kirche, so wie bei andern Privatgütern gewöhnlich[41]). Kaiser Zeno nahm für die Errichtung der Emphyteusis eine eigene Art von Contract an, weil die alten Juristen darüber uneins waren, ob man einen Kauf oder Pacht annehmen solle[42]). Daher macht nun der emphyteutische Contract einen eigenen Consensualcontract aus. Ueber das Recht an der Sache selbst hat aber Zeno nichts entschieden. Anton Faber[43]) glaubt daher, die Emphyteusis hätte sich anfänglich von einem andern Pacht nicht unterschieden, der Emphyteuta habe auch selbst nach der Constitution des K. Zeno keine Realklage, sondern eine bloße actio personalis ex contractu gehabt. Allein er räumt doch ein, daß ihm das Interdictum *Uti possidetis* zukomme[44]). Dessen kann sich aber kein bloßer Pächter bedienen[45]), wie auch Westphal[46]) sehr richtig gegen Faber erinnert hat. Wäre ferner die Emphyteusis von einem andern Pacht nicht unterschieden gewesen, wie hätten die römischen Juristen darauf verfallen können, bei Errichtung derselben einen Kauf anzunehmen? Diese Ansicht ist nur daraus erklärbar, wenn man annimmt, daß der Emphyteuta die Sache

40) L. 13. *Cod. Iust. de praediis et aliis rep. minor.*

41) *Ian. a* Costa in Praelect. cit. pag. 352.

42) *L.* 1. *C. de iure emphyt.*

43) De Errorib. Pragmaticor. Dec. LXV. Err. 4.

44) a. a. O. Err. 5.

45) von Savigny Recht des Besitzes §. 7.

46) Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf §. 1049.

in bonis gehabt habe. Hierzu kommt, daß in den Pandecten[47]) ausdrücklich gesagt wird, das ius ἐμφυτευτικόν, wenn es einem Pupillen zusteht, dürfe so wenig, als andere unbewegliche Güter desselben, vom Vormund veräußert werden. Wie kann nun wohl bei einem bloßen Pachtgute die Frage seyn, ob der Pächter solches veräußern dürfe? Daß aber schon längst vor dem K. Zeno den emphyteutischen Besitzern der fundorum patrimonialium Eigenthumsrechte sind eingeräumt worden, erhellet aus mehreren Verordnungen des Justinianeischen und Theodosianischen Codex sonnenklar. Schon in einer Verordnung des Krs. Constantin[48]) heißt es: Si quis fundos emphyteutici iuris, salva lege fisci, citra iudicis auctoritatem donaverit, donationes firmae sint; und besonders merkwürdig ist es, wenn in einer andern Verordnung eben dieses Kaisers[49]) gesagt wird: Patrimonialis fundi pensitationem, seu aurorariam, seu frumentariam, intra tempus omissam, *minorum dominio* non nocere praecipimus. Ja in verschiedenen Gesetzen des Codex[50]) wird das ius emphyteuticum ausdrücklich ein ius dominii, und die Besitzer der emphyteutischen Gü-

47) *L. cit.* 3. §. 4. *D. de reb. eor. qui sub tutela vel cura sunt.* Es ist hier nicht die Rede von der Errichtung einer Emphyteusis auf einem Grundstück des Pupillen, wie GALVANUS de Usufructu Cap. XXVII. §. V. pag. 321. diese Stelle ganz unrichtig versteht.

48) *L.* 1. *C. de fundis patrimonial. et emphyteut.*

49) *L.* 2. *C. eodem.*

50) *L.* 4. *C. eodem. L.* 12. *in fin. Cod. eodem.*

ter werden domini[51]) genannt. Justinian[52]) hat endlich das Recht des Emphyteuta so deutlich bestimmt, daß kein weiterer Zweifel darüber seyn kann. Er will, daß die Emphyteusis ganz die Rechte haben solle, welche der ager vectigalis gehabt hatte, das heißt, daß jetzt bei dem Erbpacht, der Verpachter mag eine Stadt seyn, oder nicht, dasselbe gelten soll, was vorher bei den Erbpachtungen der Municipalgüter gegolten hatte. Die Stelle in den Institutionen lautet so: Adeo autem aliquam familiaritatem inter se videntur habere emtio et venditio, item locatio et conductio, ut in quibusdam causis quaeri soleat, utrum emtio et venditio contrahatur, an locatio et conductio? ut ecce de *praediis, quae perpetuo quibusdam fruenda traduntur*: id est, *ut quamdiu pensio sive reditus pro his domino praestetur, neque ipsi conductori, neque heredi eius, cuive conductor heresve eius id praedium vendiderit, aut donaverit, aut dotis nomine dederit, aliove quocunque modo alienaverit, auferre liceat.* Sed talis contractus, quia inter veteres dubitabatur, et a quibusdam locatio, a quibusdam venditio existimabatur: lex Zenoniana lata est, quae emphyteuseos contractus propriam statuit naturam, neque ad locationem, neque ad venditionem inclinantem, sed suis pactionibus fulciendam. Zwar wird derjenige, welcher die Emphyteusin dem Andern verliehen hat, hier *dominus* genannt; allein nicht in dem Sinn, als ob ihm das Alleineigenthum daran verbleibe. Es wird viel-

51) *L.* 5. *Cod. Theod. de Censitorib. L. un. Cod. Theod. de commun. div.* Man s. auch SCHILTER c. 1.

52) §. 3. *I. de locat.*

mehr dem Emphyteuta, außer einem perpetuirlichen Benutzungsrecht, gegen Entrichtung einer jährlichen Abgabe, auch ein freies Veräußerungsrecht eingeräumt, wie es nur immer dem Eigenthümer zukommen kann. Daß Justinian hier etwas neues eingeführt habe, ist darum nicht zu glauben, weil er sonst schwerlich unterlassen haben würde, seine Neuerung in einer eigenen Constitution auf die ihn charakterisirende Art anzukündigen. Es läßt sich vielmehr aus den Verordnungen der vorhergehenden Kaiser[53]) mit vieler Wahrscheinlichkeit schließen, daß bereits nach Gewohnheitsrecht bei den emphyteutischen Gütern, wie bei den agris vectigalibus, eine Gleichheit der Rechte gegolten habe. Daher läßt sich auch erklären, wenn es in der Rubrik dieses Titels heißt: *Si ager vectigalis, id est, emphyteuticarius petatur.* Allein ob Justinian auch noch hier den Verleiher der Emphyteuse im strengen Sinn des alten Rechts dominus genannt habe, wie Herr von Savigny[54]) behauptet, ist darum zu bezweifeln, weil er schon vorher in der bekannten Constitution (*Lib. VII. Cod. Tit.* 25.) das nudum ius Quiritium aufgehoben hatte[55]). Noch in einer neuern Constitution des Kaisers Justinian[56]) wird ja der emphyteuta dem dominus entgegengesetzt, wo von dem Unterschiede zwischen dominium qui-

53) *L.* 3. 4. 5. *et* 12. *C. de fund. patrimon.*

54) Recht des Besitzes §. 9. Nr. 5. lit. B.

55) Die *L. un. C. de nudo iure quiritium toll.* hat zwar keine Subscription; allein Justinian beruft sich darauf in der *L. un. C. de usucap. transfor.* vom Jahr 531. Sie war also längst vor den Institutionen promulgirt.

56) *L.* 3. *C. de iure emphyt.*

ritarium und bonitarium gewiß nicht mehr die Rede seyn konnte. Galvanus[57]) unterscheidet daher zwischen *dominium proprietatis*, und *dominium possessionis*, und räumt das letztere dem emphyteuta, das erstere hingegen demjenigen ein, der das emphyteutische Recht bestellet hat. Allein auch diese Meinung ist nicht außer Zweifel. Daß der Emphyteuta Proprietätsrechte an der Substanz der Sache habe, ist aus der oben angeführten Stelle der Institutionen ganz klar. Herr Prof. Thibaut[58]) erklärt sich die Sache so: der Verleiher der Emphyteuse bleibe Eigenthümer der Sache, dem Emphyteuta hingegen werde nur insofern, als er ein dingliches Recht hat, im allgemeinen Sinn der Römer ein dominium zugeschrieben. Er räumt indessen ein, daß der letzte Nutzungs- und Proprietätsrechte an der Sache habe. Allein da die in dem Eigenthum im engern Sinn enthaltenen Rechte, nach seiner eigenen Lehre[59]), in die zwei Hauptklassen zerfallen, daß sie entweder Nutzungs- oder Proprietätsrechte sind, so muß er auch nach seiner eigenen Lehre zugeben, daß dem Emphyteuta ein wahres Eigenthum zuzuschreiben sey, wie Herr von Savigny[60]) ebenfalls gegen Thibaut sehr gründlich erinnert hat. Nur scheint er mir darin zu weit zu gehen, daß er dem Emphyteuta ein vollkommenes, oder, wie er sich ausdrückt, reines Eigenthum beilegt, welches sich von jedem andern

57) de Usufructu. Cap. XXVII. nr. V. pag. 321. sqq.

58) System des P. R. 2. B. §. 629. Man sehe auch Desselben Versuche 2. B. 3. Abh.

59) System 2. B. §. 560.

60) a. a. O. Not. 1.

Eigenthum blos dadurch unterscheide, daß es revocabel ist, d. h. daß es in gewissen Fällen auf den Verpächter übergehe. Noch weniger aber kann ich ihm darin beistimmen, wenn er behauptet, der Verpächter habe, außer dem persönlichen Rechte gegen den Pächter, blos die Aussicht, in eben diesen Fällen das Eigenthum zu erwerben, also überhaupt gar kein gegenwärtiges Recht an der Sache. Wäre Ersteres, wie hätte der Zweifel entstehen können, welchen Justinian in einer bekannten Constitution des Codex[61]) entscheidet, nämlich ob die Veräußerung des cultivirten Erbzinsgutes ohne Zustimmung des Herrn geschehen könne? und wie könnte das Gut wegen der Verschlimmerung, oder wegen nicht gehöriger Entrichtung des Canons von dem Herrn eingezogen werden? Wäre ferner Letzteres, wie hätte Justinian in derselben Constitution den sogenannten Verpächter noch immer dominus nennen können, da doch dazumal das nudum ius Quiritium schon aufgehoben, folglich an die Terminologie des alten Rechts sicher nicht mehr gedacht war. Soviel bleibt immer richtig, daß das Recht des Emphyteuta ein wahres Eigenthum sey, wenn gleich Hr. von Buri[62]) das Gegentheil behauptet, und andere[63]) dasselbe blos für ein dem Eigenthum nahe kommendes Recht (ius dominio proximum) halten wollen. Denn man

61) *L. 3. C. de iure emphyt.*

62) Erläuterung des teutschen Lehnrechts. 4. Fortsetzung S. 166. Ihm stimmt auch Madihn in Diss. cit. Cap. 3. bei.

63) S. Huber in Praelect. ad Pand. h. t. §. 4. Westphals Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf rc. §. 1048. Malblanc Dig. P. II. §. 414.

kann hier mit den Philosophen sagen: de causa testatur effectus[64]). Allein eben so gewiß ist es auch, daß dieses Eigenthum eingeschränkt, und dem Obereigenthum des Erbzinsherrn untergeordnet sei. Es ist solchemnach das Eigenthum an den emphyteutischen Gütern getheilt, wie schon bei einer andern Gelegenheit[65]) bemerkt worden ist, und der Ausdruck niederes Nutzungseigenthum (*dominium utile*, *dominium inferius*, et *subordinatum*), womit man das Recht des Emphyteuten zu bezeichnen pflegt, ist zwar nicht römisch, aber der Natur der Sache allerdings angemessen.

Was ist nun also emphyteutisches Recht, *emphyteusis*, *ius ἐμφυτευτικὸν*, nachdem der Unterschied zwischen agris vectigalibus und emphyteuticis aufgehört hat? Man versteht darunter das Nutzungseigenthum an einem Grundstück, welches Jemanden unter der Bedingung zusteht, daß er es cultivire, und davon eine jährliche Abgabe (*pensio*, *canon*, *pensitatio*), als Zeichen der Anerkennung des dem Verleiher vorbehaltenen Obereigenthums, entrichte[66]). Es wird jedoch auch

64) Man vergleiche besonders *Henr. God.* Baueri Commentat. de emphyteutae iure vero dominio. *Lipsiae* 1760.

65) S. Tit. de rei vindic. §. 577. S. 80.

66) Die vorzüglichsten Schriften in dieser Materie sind: De iure emphyteutico Tractatus utilissimi duor. clariss. ICtorum *Guidonis de* Zusaria et *Julii* Clari. Item Enarrationes in Tit. Cod. Iust. de iure emphyt. *Ioann.* Corasii et *Io.* Ferrarii. *Coloniae* 1575. 8. *Alv.* Valasci Quaestiones iuris emphyteutici. *Elb.* Leonini Praelectiones in Tit. Cod. de iure emphyt. (in *Ev.* Ottonis *Thes. Iur. Rom.* Tom. V. pag. 655.) *Io. Iod.* Beck

das Grundstück selbst, welches Jemand unter der bemerkten Bedingung vom Eigenthümer erhalten hat, so wie der zwischen dem Verleiher und Empfänger darüber errichtete Vertrag, *Emphyteusis* genannt.

## §. 601.

### Gegenstand der Emphyteuse. Unterschied zwischen emphyteusis *secularis* und *ecclesiastica*.

Der Gegenstand eines emphyteutischen Rechts können nur unbewegliche Sachen seyn, und zwar können alle Arten von Grundstücken nicht nur unbebauete, sondern auch cultivirte erbzinslich überlassen werden. Ob auch bei Gebäuden eine Emphyteuse Statt finde, ist streitig. Mehrere [67]) wollen dieses läugnen, weil diese der Gegenstand

Tr. de iure emphyteutico, vom Erbzinsrechte. Nürnberg 1739. 4. *Henr.* Cocceji Diss. de emphyteusi. *Heidelbergae* 1681. *Franc.* Alef Diss. de emphyteusi (in Eius *diebus academic.* Nr. XIII. pag. 414. seqq.) von Buri Erläuterung des in Teutschland üblichen Lehnrechts IV. Fortsetzung S. 551. ff. und nach der neuern Rundischen Ausgabe 2. Abth. S. 170. ff. *Ge. Henr.* Ayreri Diss. de diversitate iuris emphyteutici et iuris villaris praecipue Brunsuicensis *Goett.* 1766. *Ge. Frid.* Jaeger Diss. de emphyteusi salinaria. *Erlangae* 1760. *Max.* Würth Diss. de emphyteusi meletemata quaedam sistens. *Moguntiae* 1792. (für deren Verfasser Hr. Hofr. Hartleben gehalten wird). Eines ungeannten Abhandl. vom Erbzinsrecht, Handlohn, Zehend und andern damit verbundenen Materien. Nürnberg 1789. 8. und *Car.* Groscurd Commentar. de iure emphyteutico. *Goettingae* 1803. 8.

67) Donellus Lib. IX. Commentar. iur. civ. cap. 13. *de* Cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 3. Walch Introduct. in controv. iur. civ. pag. 644. Dabelow Handbuch des heutigen röm. deutschen Privatrechts. 1. Th. §. 922.

eines iuris superficiarii wären. Allein dies ist offenbar unrichtig *). Daß auch Gebäude ein Gegenstand der Emphyteuse sein können, beweisen nicht nur klare Gesetze[68]), sondern die Natur der Sache lehrt es auch, daß die Bedingung der Emphyteuse, Melioration der Sache, auch bei Gebäuden Statt haben könne, das ist, dieselben, wenn sie verfallen sind, wieder herzustellen, oder solche im baulichen Stande zu erhalten[69]). Bei beweglichen und unkörperlichen Sachen hingegen, wenn sie nicht etwa als Theile der unbeweglichen Sachen anzusehen sind, läßt sich das emphyteutische Recht nicht wohl denken[70]). Uebrigens können eben sowohl Grundstücke der Kirchen als weltliche Güter zur Emphyteusis gegeben werden. Man theilt daher die Emphyteusis ein in die kirchliche (emphyteusis *ecclesiastica*) und in die weltliche (emphyteusis *secularis*). Der Unterschied zwischen beiden Arten ist nicht un-

*) Superficies und Emphyteusis sind ganz verschieden. S. v. Savigny Recht des Besitzes §. 9. Nr. 4. u. 5.

68) *L.* 15. §. 26. *D. de damno inf. Nov. VII. cap.* 3. §. 2. *Nov. CXX. cap.* 1. §. 2.

69) Hierin stimmen überein Voet in Comm. ad Pand. h. t. §. 7. Huber in Praelect. ad Pand. h. t. §. 2. in fin. Westenberg in Princip. iuris sec. ord. Dig. h. t. §. 9. Hofacker in Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1037. Emminghaus ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 3. not. g. Höpfner im Commentar über die Institution §. 896. Not. 2. und Thibaut im System des P. R. 2. B. §. 630.

70) Anderer Meinung ist zwar Ayrer in Diss. cit. Sect. I. §. 3. Allein von Lehngütern (feuda) läßt sich nicht schlechthin auf emphyteutische Güter schließen, und die Gesetze, welche er citirt, *L.* 1. §. 1. und *L.* 12. §. 3. *D. de publicanis*, reden gar nicht von der Emphyteusis, sondern von *publicanis*, qui vectigalia publica conduxerunt.

wichtig. Unser Verfasser giebt einen dreifachen Unterschied an.

1) Ratione *constitutionis*. Zur Errichtung einer kirchlichen Emphyteusis werden eben die Feierlichkeiten erfordert, welche die Gesetze bei der Veräußerung der Kirchengüter vorgeschrieben haben [71]), wofern nicht etwa Grundstücke der Kirche schon Erbzinsgüter gewesen, und an die Kirche wieder zurückgefallen sind (*res in emphyteusin dari solitae*) [72]).

2) Ratione *durationis*. Eine Kirchen-Emphyteusis soll im Zweifel, wofern nicht durch Vertrag ausdrücklich ein anderes bestimmt warden ist, nur bis auf die Enkel des Erwerbers fortdauern, und dann an die Kirche zurückfallen; dahingegen eine weltliche Emphyteusis im Zweifel für immerwährend gehalten wird, und daher auf alle Erben übergeht. Allein dieser Satz ist blos Folgerung aus der Novelle 7. Kap. 3. pr. wo verordnet wird, daß eine Kirche ihre Emphyteusen nicht auf immer erblich machen solle. Man lese nur die Worte selbst, welche folgendermaßen lauten: **Emphyteusin vero a sanctissima Ecclesia, reliquisque omnibus venerandis domibus tum personae accipientis, tum etiam duobus eius sequentibus heredibus dari permittimus:** ***solis scilicet liberis masculis aut feminis, vel nepotibus utriusque sexus, vel uxori aut***

71) *Cap. un. Extravag. commun. de rebus eccles. non alienandis* (Lib. III. Tit. 4.) *Cap.* 5. *X. eodem.* Boehmer iur. eccles. Protest. Lib. III. Tit. 18. §. 12. Man vergleiche auch dieses Commentars 2. Th. §. 168.

72) Hofacker Princip. iur. civ. T. II. §. 1037. und besonders Engel Colleg. univ. iuris. canon. Lib. III. Tit. 18. nr. 15.

*viro, si uxoris aut viri expressa mentio facta sit. Ad alium vero heredem non transeat, sed aetatem eorum, qui acceperunt, si liberos aut nepotes non habeant, solum durabit. Alia vero ulla ratione in re ecclesiastica,* vel immobili ad pauperes pertinente, — *emphyteusin constitui nullo modo permittimus, neque id, quod factum est, ullam vim habere sinimus.* Hier ist also nicht davon die Rede, was im Zweifel vermuthet werden soll, wie Engel[73]) und Ferrarius[74]) sich einbilden: sondern es wird als Rechtssatz aufgestellt, daß Kirchengüter nicht auf beständig in Erbzins gegeben werden sollen. Nun ist aber dieser Rechtssatz in einem neuern Gesetz, nämlich Novelle **120.** Kap. **1.** princ. blos auf die Constantinopolitanischen Kirchen eingeschränkt, hingegen Kap. **6.** §. **1.** in Ansehung aller anderer Kirchen aufgehoben, und denselben erlaubt worden, ihre Grundstücke nach Gefallen entweder auf bestimmte Zeit oder auf immer erbzinslich zu verleihen. Es heißt nämlich daselbst ausdrücklich: Et haec quidem de sanctissima Ecclesia, dictisque venerabilibus domibus, quae *in regia urbe*, vel *locis illi vicinis* sunt, disposuimus. *In reliquis vero sanctissimis Ecclesiis*, et *Monasteriis*, et *Xenodochiis* et *Nosocomiis*, *caeterisque sacris domibus*, quae *in omnibus Reipublicae nostrae provinciis* sitae sunt, consequenter constituere placuit. Licentiam igitur dictis sacris domibus concedimus, non solum *ad tempus* emphyteusin rerum immobilium, quae ad illas pertinent, constituendi, *sed et perpetuo emphyteuticario iure illas vo-*

73) In Colleg. univ. iuris canon. Lib. III. Tit. 18. nr. 14. p. 559. sq.
74) In Enarrat. ad h. Tit. Cod. Princ. pag. 300.

*lentibus tradendi.* Auf die frühere Nov. 7. kann also nun keine Rücksicht mehr genommen werden. Denn Justinian sagt selbst in der Präfation der **120.** Nov., daß blos in dieser letztern Novelle das von kirchlichen Emphyteusen geltende Recht begriffen sey [75]). Da also jene Folgerung, welche man aus dem entgegenstehenden Rechtssatz der Novelle 7. Kap. 3. pr. ableitete, durch Aufhebung desselben von selbst wegfällt; so läßt sich nun mit vollkommenem Grund als Regel annehmen, daß eine kirchliche Emphyteuse so gut, wie eine weltliche, im Zweifel auf alle Erben übergehe [76]). Hiermit stimmt auch das canonische Recht überein *).

3) Ratione *amissionis.* Denn bei einem kirchlichen Emphyteusis geht das Recht des Emphyteuta verloren, wenn er zwei Jahre, bei einer andern aber erst, wenn er drei Jahre den Canon nicht bezahlt hat, davon §. **606.** ein Mehreres.

75) Da heißt es: Cum multae et variae leges de alienationibus, et emphyteusibus—rerum ecclesiasticarum—latae sunt, *omnes hac lege comprehendas esse censuimus.*

76) S. Giphanii Explanat. difficilior LL. Cod. ad L. 2. de iure emphyt. pag. 354. Voet in Comm. ad Pand h. t. §. 9. Westphals Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf rc. §. 1053. Hofacker Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1041. Malblanc Digest. P. II. §. 415. not. m. Dabelow Handbuch des heutigen röm. teutschen Privatrechts 1. Th. §. 923. und besonders Thibaut in der Theorie der logischen Auslegung des Röm. Rechts (zweite verb. Ausg. Altona 1806. 8.) §. 16. S. 66.

*) *Cap.* 7. **X.** *de rebus eccles. non alienandis.*

## §. 602.

### I. Rechte des Emphyteuta. a) Nutzungsrechte.

Soviel nun I. die Rechte des Emphyteuta anbetrifft, so sind dieselben theils Nutzungs- theils Proprietätsrechte. Jene bestehen darin, daß er den vollen Gebrauch der Sache hat, und sich alle, sowohl natürliche als bürgerliche, Früchte der Sache, ingleichen alle übrigen Vortheile zueignen kann, die nur immer der wahre Eigenthümer vermöge seines Eigenthumsrechts zu ziehen befugt ist. Da der Emphyteuta kein bloßes Nutzungsrecht, sondern das Nutzungseigenthum[77]) hat, so erwirbt er das Eigenthum der Früchte nicht erst durch Perception, d. h. durch Apprehension des Besitzes, wie der Fructuar, sondern ipso iure durch die bloße Absonderung derselben vom Boden. Julian[78]) setzt ihn hierin dem prätorischen Eigenthümer gleich, wenn er sagt: Ad *bonae fidei possessorem* fructus pertinent, *quoquo modo a solo separati fuerint*: sicut eius, *qui vectigalem fundum habet*, fructus fiunt, *simul atque solo separati sunt.* Allein diese Gleichstellung gilt eigentlich nur in Absicht auf den Zeitpunct der Erwerbung, sonst ist sein Recht auf die Früchte noch vortheilhafter, als das des prätorischen Eigenthümers, da er durch die Separation sogleich ein wahres und unwiderrufliches Eigenthum an den Früchten erwirbt[79]).

77) Die Gründe der entgegengesetzten Meinung hat Ayrer cit. Diss. Sect. I. §. 12. et 13. hinlänglich widerlegt.

78) *L.* 25. §. 1. *D. de usuris.*

79) Man vergleiche hier vorzüglich von Savigny Recht des Besitzes §. 22. a. Nr. IV.

Ob der Emphyteuta auch die Accessionen erhalte, welche keine Früchte sind, wie z. B. der Schatz, ist sehr streitig. Diejenigen Rechtsgelehrten, welche dem Emphyteuta kein Eigenthum zugestehen, streiten ihm natürlich auch alle Accessionen ab [80]). Diese sprechen dem Emphyteuta blos die Hälfte des Schatzes, als Finder, zu, die andere Hälfte hingegen müsse er dem Verleiher des emphyteutischen Gutes, als Eigenthümer, herausgeben [81]). Diejenigen Rechtsgelehrten hingegen, welche dem Emphyteuta ein Nutzungseigenthum zuschreiben, behaupten, daß demselben der Schatz so gut, wie jede andere Accession, gehöre [82]). Denn man müsse annehmen, er habe den Schatz in loco suo gefunden [83]). Diese letzte Meinung verdient allerdings den Vorzug. Denn die Gesetze, welche den Schatz

80) von Buri Erläuterung des Lehnrechts. IV. Forts. S. 168. Wissenbach Exercitat. ad Pand. P. II. Disp. XVIII. Th. 14. Huber Praelect. ad Pand. h. t. §. 3. Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 1. Th. Medit. 39. Thibaut System des P. R. 2. B. §. 631. und Groscurd cit. Commentat. Cap. 3. pag. 59. sqq.

81) *L. 7. §. 12. D. Soluto matrimon. L. 63. §. 4. D. de acquir. rer. dom. L. un. C. de Thesauris.*

82) Giphanius in Explanat. difficilior LL. Cod. Lib. IV. p. 357. Vinnius in Commentar. ad §. 39. I. de rerum divis. nr. 3. Voet in Comm. ad Pand. h. t. §. 11. Wiesand in Opusc. iurid. Specim. XI. Nr. 1. pag. 140. Ayrer in Diss. de diversitate iuris emphyteuti et iuris villar. Sect. I. §. 14. *de* Wolfradt Theor. general. de acquisitione fructuum §. 23. Höpfner im Commentar über die Institutionen. §. 899. Malblanc in Dig. P. II. §. 415.

83) Arg. §. 39. *I. de rer. divis.*

getheilt wissen wollen, setzen ausdrücklich voraus, daß der Schatz in alieno loco gefunden worden sei. Diese Meinung ist auch in der Praxis angenommen [84]).

## §. 603.

### b) Proprietätsrechte des Emphyteuta.

Außer der völligen Benutzung der Sache hat der Emphyteuta auch das Recht über die Substanz des Gutes zu verfügen. Er kann daher

1) die Gestalt des Gutes ändern, insofern eine solche Veränderung dem Gute nicht nachtheilig ist. Er kann z. B. aus der Wiese einen Acker, aus dem Acker einen Weinberg machen, oder auch die Sache zu andern Zwecken gebrauchen, soweit nämlich dergleichen Veränderung nur immer mit den Bedingungen der Verleihung bestehen kann [85]). Er kann ferner

2) das Gut mit Servituten beschweren, sofern die Substanz des Guts dadurch nicht verdorben wird, sondern der Emphyteuta dadurch blos sich selbst präjudicirt [86]). Daß der Emphyteuta dem Grundstück auch eine Servitut erwerben könne, ist noch wenigerem Zweifel unterworfen, wenn gleich diese Befugniß dem Fructuar abgesprochen wird [87]). Denn der Emphyteuta ist mehr als ein bloßer

84) S. Carpzov Iurispr. for. P. II. Const. 53. Def. 6. in fin. und Lauterbach Colleg. th. pract. Pandect. Lib. XLI. Tit. I. §. 36.

85) *Auth.* Qui rem *Cod. de SS. eccles.* Hofacker Tom. II. §. 1042.

86) S. Thibaut Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts 2. Band, Abth. 15. S. 303.

87) *L.* 15. §. 7. *D. de usufructu.*

Nutznießer[88]). Allein nicht so außer Streit ist die Frage, ob der Emphyteuta befugt sey, dem Gute eine Servitut aufzuerlegen. Einige[89]) wollen dieses aus dem Grunde läugnen, weil es der Natur der Emphyteusis widerstreite, vermöge welcher das Gut nur meliorirt, aber nicht, wie doch offenbar durch Auflegung einer Servitut geschehe, deteriorirt werden dürfe. Allein kann der Emphyteuta, wie Justinian[90]) lehrt, das Gut *quocunque modo* alieniren, so läßt sich wohl mit Grunde auch jene Befugniß nicht bezweifeln, besonders wenn sie auf die Art, wie oben geschehen ist, beschränkt wird. So z. E. kann der Emphyteuta einem Andern ein Hut- und Weiderecht, ferner ein Zehendrecht auf dem Gute ertheilen. Hierin stimmen auch die meisten Rechtsgelehrten[91]) überein. Soviel ist indessen richtig, daß dergleichen Servituten nicht länger dauern, als das Recht des Emphyteuten währt. Fällt daher das Gut an den Herrn zurück, so erlöschen auch die ohne seine Einwilligung constituirten Servituten, nach der Regel: **resoluto iure dantis, resolvitur ius accipientis**[92]). Der Emphyteuta hat

88) S. Buri Erläuterung des Lehnrechts. 4. Forts. S. 169.

89) Wernher Observat. for. Tom. I. P. I. Obs. 223. nr. 12. sqq. und Buri a. a. O. S. 170.

90) §. 3. *I. de locat. et conduct.*

91) Beck in Tr. de iure emphyt. Cap. IX. §. 22. und Cap. XVI. §. 4. Ayrer cit. Diss. Sect. I. §. 16. Westenberg Princip. iur. sec. ord. Dig. h. t. §. 13. Hofacker Tom. II. §. 1043. in fin. Höpfner im angef. Commentar §. 899. Dabelow Handbuch §. 925. Malblanc Dig. h. t. §. 415. pag. 167.

92) S. Ayrer cit. Diss. Sect. I. §. 17. in fin.

3) das Recht, die Emphyteusis zu **veräußern**, und dieselbe nicht nur unter Lebenden, sondern auch auf den Todesfall einem Andern zu überlassen[93]). Er kann daher das Gut verkaufen, nur muß er dem Erbzinsherrn den Vorkauf lassen[94]). Er kann es ferner einem Andern schenken[95]), solches vertauschen, und daran wieder einem Andern ein emphyteutisches Recht constituiren (*Subemphyteusis*)[96]). Es kommt zwar bei dieser Veräußerungsbefugniß vorzüglich auf den Vertrag an, der zwischen dem Emphyteuta und seinem Herrn geschlossen worden ist. Doch versteht sich's, daß überall, da der Emphyteuta sein Recht einem Andern überläßt, die Abgaben und Rechte des Erbzinsherrn dabei aufrecht erhalten werden müssen, und daß auch die Uebertragung des Guts an kein zur Kultur desselben untüchtiges Subject geschehen dürfe. Unter dieser Voraussetzung muß sich der Erbzinsherr jede Art der Veräußerung gefallen lassen, sofern nicht durch besondere Verträge Einschränkungen gemacht sind[97]). Es ist daher außer Zweifel, daß der Emphyteuta auch befugt sei, das Gut zu verpfänden, und sogar dem Gläubiger den Besitz derselben einzuräumen, ohne daß dazu die Einwilligung des Erbzinsherrn erforderlich ist, wenn nur die ihm gehörige Abgabe, es geschehe von dem Schuldner oder

93) §. 3. *I. de locat. et conduct.*

94) *L.* 3. *C. de iure emphyt.*

95) *L.* 1. *Cod. de fund. patrimonial.*

96) Berger Oecon. iuris. Lib. III. Tit. 5. Th. 28. Not. 5. Groscurd cit. Comment. Cap. 3. pag. 63. Hofacker Tom. II. §. 1043.

97) *L.* 3. *C. de iure emphyt.*

dem Gläubiger, richtig entrichtet wird [98]). Indessen kann freilich eine solche Verpfändung dem Herrn so wenig, als die Auflegung einer Servitut, präjudiciren. Fällt daher das Gut, vor Bezahlung der Schuld, an den Herrn zurück, so erlöscht das Pfandrecht [99]), welches hingegen alsdann selbst der Erbzinsherr gelten lassen muß, wenn er in die Verpfändung gewilliget hat [100]). Endlich verstatten auch die Gesetze, das Gut, ohne Einwilligung des Erbzinsherrn, einem andern zu legiren [1]). Es kann sogar dem letztern selbst gültig vermacht werden, wodurch alsdann eine Consolidation geschieht [2]).

98) *L.* 16. §. 2. *D. de pign. act.* Etiam vectigale praedium pignori dari potest. — *L.* 31. *D. de pignor.* Lex vectigali fundo dicta erat, ut si post certum tempus vectigal solutum non esset, is fundus ad dominum redeat. Postea is fundus a possessore pignori datus est. Quaesitum est, an recte pignori datus est. Respondit, si pecunia intercessit, pignus esse. Man vergleiche über diese Stelle Westphals Pfandrecht §. 137. und *Christ. Gottl.* Gmelin Commentat. iur. civ. de iure pignoris vel hypothecae, quod creditori debitor in re sibi non propria constituit. §. 8.

99) *L. cit.* 31. *D. de pignor.* Item quaesiit: si, cum in exsolutione vectigalis tam debitor, quam creditor cessasent, et propterea pronunciatum esset, fundum secundum legem domini esse: cuius potior causa esset? Respondit, si, ut proponeretur, vectigali non soluto, iure suo dominus usus esset, etiam pignoris ius evanuisse.

100) von Buri Erläuterung des Lehnrechts. 4. Fortſ. S. 171. f. und Ayrer cit. Diss. Sect. I. §. 15.

1) *L.* 71. §. 6. *D. de legat. I.*

2) *L. cit.* 71. §. 5. *D. de legat. I.*

4) Stirbt der Emphyteuta, so geht die Emphyteusis auf alle Erben desselben über, sie mögen testamentarische oder Intestaterben sein, ohne Unterschied des Grades, wofern nicht etwa bei der Verleihung durch ausdrücklichen Vertrag wegen der Vererbung des Guts wären Einschränkungen festgesetzt worden [3]). Denn es kann das Gut dem Emphyteuta blos für seine Person eingegeben seyn. Hier wird es denn freilich mit seinem Tode wieder an den Erbzinsherrn zurückfallen. So kann ferner die Emphyteusis dem Erbzinsmann für sich und seine Familie ertheilt seyn. Hier geht sie nicht auf fremde Erben über, sondern kehrt an den Herrn zurück, wenn keine zur Familie des Erwerbers gehörige, und zur Annehmung des Gutes tüchtige Personen mehr vorhanden sind *). Außerdem ist zwischen Anverwandten des Emphyteuta und fremden Erben kein Unterschied, die Emphyteusis mag eine kirchliche oder weltliche seyn, wie bereits oben (§. 601.) ausgeführt worden ist. Bei den Verwandten findet übrigens die gemeinrechtliche Ordnung der Intestaterbfolgen Statt [4]). Es entsteht hier die Frage, ob den Erben, wenn deren mehrere vorhanden sind, erlaubt sey, das Gut ohne Einwilligung des Erbzinsherrn unter sich zu theilen? Unser Autor behauptet, daß eine Theilung des emphyteutischen Gutes den Erben der Regel nach nicht erlaubt sei. Herr von Buri [5]) hingegen macht

3) von Buri Erläuterung S. 177. f. Ayrer cit. Diss. Sect. I. §. 16. Dabelow Handbuch des heutigen röm. teutschen Privatrechts 1. Th. §. 923. Malblanc Dig. P. II. §. 415. a. E.

*) Voet h. t. §. 10.

4) Hofacker Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1041.

5) Erläuterung des teutschen Lehnrechts 4. Forts. S. 178.

einen Unterschied, ob die Zertheilung so vorgenommen worden, daß solche den Herrn selbst mit betrifft, und diesem, statt eines Emphyteuten, dadurch mehrere aufgedrungen worden, von deren jedem er den Canon fordern soll; oder ob die Theilung auf eine solche Art geschehen sei, daß dem Herrn daraus kein Nachtheil erwachsen kann. In jenem Falle sei die Theilung für unerlaubt zu halten, weil der Herr dadurch sehr gefährdet werde, indem ihm nicht nur die Mühe gemacht wird, den Canon von mehreren zu empfangen, und auf deren Verwaltung Acht zu geben, sondern auch sich durch dergleichen Zersplitterungen das Gut endlich unter mehrere Besitzer so verlieren kann, daß der Herr am Ende nicht mehr weiß, bei wem er es suchen soll. Hingegen in dem zweiten Falle, wenn z. B. die sämmtlichen Erben Jemanden unter sich ausmachen, welcher in ihrer aller Namen den gewöhnlichen Canon dem Herrn bezahlen, und als gemeinschaftliche Emphyteuta dem Herrn verpflichtet bleiben soll, gehe eine solche Untereintheilung dem Herrn nichts an, und er könne sie also auch nicht anfechten, indem solche als eine Art von Sublocation oder Subemphyteusis anzusehen sei, welche dem Emphyteuta freistehe. Allein andere[6]) glauben, daß es ganz der Willkühr der Erben überlassen sei, ob sie das emphyteutische Gut ungetheilt besitzen, oder mit demselben eine Theilung vornehmen wollen. Meiner Einsicht nach kommt es darauf an, was die Gesetze darüber ver-

6) Beck in Tr. de iure emphyt. Cap. XI. §. 22. Cap. XII. §. 5. Hofacker Princip. iuris civ. Tom. II. §. 1041. in fin. Dabelow Handbuch des R. T. Privatrechts 1. Band. §. 923. und Groscurd cit. Comment. de iure emphyt. Cap. 3. pag. 68.

ordnen. Daß nun die praedia vectigalia, und folglich auch die emphyteuticaria, ein Gegenstand der Erbtheilungsklage sein können, sagt Ulpian[7]) ausdrücklich: *Veniunt in hoc iudicium — praedia*, quae nostri patrimonii sunt: sed *et vectigalia*, vel superficiaria. Nec minus hae quoque res, quas *alienas* defunctus bona fide possedit[8]). Daß jedoch das emphyteutische Gut nicht darf in mehrere Stücke zertheilt werden, weil dieses dem Erbzinsherrn zum Nachtheil gereichen würde, lehrt eben dieser Ulpian[9]), wenn er sagt: Communi dividundo iudicium locum habet et in vectigali agro. *Vectigalis ager an* REGIONIBUS *dividi possit*, videndum? *Magis autem debet iudex abstinere* HUIUSMODI DIVISIONE: *alioquin praestatio vectigalis confundetur*. Hieraus entscheidet sich nun auch die Frage von selbst, ob die Miterben befugt sind, das emphyteutische Gut bei der Erbtheilung ohne Einwilligung des Erbzinsherrn einem von ihnen ausschließlich zu überlassen? Ich finde nicht das mindeste Bedenken, diese Frage zu bejahen. Es ist ja dies das gewöhnliche Mittel, die Miterben auseinanderzusetzen, wenn bei den erbschaftlichen Gütern eine andere Theilung nicht wohl

7) *L.* 9. *et* 10. *D. Familiae ercisc.*

8) Ich muß hier meine Leser im Vorbeigehen auf einen nicht unbedeutenden Umstand aufmerksam machen. Ulpian unterscheidet hier praedia, quae *nostri* patrimonii sunt, d. i. woran uns das ausschließliche Eigenthum zusteht, praedia *vectigalia*, und eae res, quas *alienas* defunctus bona fide possedit. Ist dieser Wink nicht deutlich genug, daß ein praedium vectigale kein bloßer fundus alienus sey?

9) *L.* 7. *pr. D. Communi divid.*

möglich ist [10]). Gleichwohl haben die Rechtsgelehrten auch hier ganz unnöthige Schwierigkeiten gemacht. Leyser [11]) entscheidet die Frage geradezu verneinend. Seine Gründe sind, 1) weil dem Herrn daran gelegen sey, zu wissen, welchen unter mehreren Erben er zum Emphyteuta haben, und von wem er den Zins eintreiben solle; 2) müsse er auch untersuchen, ob derjenige, welcher das Gut haben solle, tüchtig dazu sey; und dann 3) wäre eine solche Theilung vermöge der *L.* 1. *Commun. utriusq. iudic.* für einen wirklichen Kauf zu halten, und müsse also billig dasjenige, was in der *L.* 3. *C. de iure emphyt.* von der Veräußerung der Emphyteuse verordnet worden, wenigstens insoweit, daß die Sache dem Herrn zuvor zu melden sey, auch bei der Theilung gelten. Allein alle diese Gründe bedeuten nichts. Denn um zu wissen, wen der Herr für seinen Emphyteuta zu erkennen habe, ist es genug, wenn nach geschehener Theilung dem Herrn Nachricht davon gegeben wird; und daß der annehmende Erbe ein tüchtiges Subject sein müsse, versteht sich ohnehin. Um dieses zu untersuchen, ist nirgends eine Anzeige und Einholung der Einwilligung des Erbzinsherrn vorgeschrieben. Nur beim Verkauf der Emphyteusis wird sie erfordert, allein blos darum, weil in diesem Falle dem Herrn das Vorkaufsrecht zuständig ist, welches aber bei der Erbtheilung wegfällt. Herr von Buri [12]) hat unsere Frage mit Hülfe einer Distinction zu entscheiden gesucht. Er glaubt nämlich, daß man einen Unterschied unter den Erben machen müsse, ob es In-

10) *L.* 55. *D. Famil. ercisc. L.* 1. *C. commun. divid.*

11) Meditat. ad Pand. Specim. CVI. medit. 4.

12) Erläuterung des Lehnrechts. 4. Fortſ. S. 179.

testaterben, oder heredes extranei sind, die ihr Recht blos der Einsetzung des Testirers zu danken haben. Bei den Letztern sey es außer Zweifel, daß derjenige Miterbe, dem das Gut bei der Erbtheilung überlassen worden, eben das zu thun verbunden sey, was von diesen Miterben überhaupt hätte geschehen müssen, wenn sie gleich in Gemeinschaft geblieben wären. Nun wären diese schuldig gewesen, sich bei dem Herrn insgesammt zu melden, sich in den Besitz einsetzen zu lassen, und die Lehnwaare zu bezahlen. Ein Gleiches müsse folglich auch von dem Annehmer des Gutes geschehen. Hingegen hätten die coheredes ab intestato, denen das Gut als nächsten Anverwandten des letzten Besitzers zugefallen ist, wenn sie in der Gemeinschaft bleiben, nicht nöthig, sich um eine gewisse Einwilligung des Herrn zu bekümmern, noch sich von ihm in den Besitz setzen zu lassen, noch auch ihm die Lehnwaare zu bezahlen. Es sey folglich auch nicht einzusehen, warum solches nöthig sey, wenn sie das Gut einem unter sich allein überlassen, und sich dem zu Gefallen ihres Rechts darauf begeben wollen, weil dadurch in Ansehung des Herrn gar keine Veränderung vorgehe, noch ihm einiger Nachtheil daraus erwachse. Allein wenn gleich diese Meinung bei mehreren [13]) Beifall gefunden hat, so ist doch, wenn man ein wenig der Sache nachdenkt, durchaus kein befriedigender Grund von jenem ganzen Unterschiede einzusehen. Die testamentarischen Erben haben ja bei einer erblich verliehenen Emphyteusis so gut ein Recht zu succediren, als die Intestat-

13) *Io. Phil.* Hahn Diss. de iure indiviso per divisionem heredum non extincto §. 14. et 15. und Köchy im Commentar über die Pandecten. 3. Theils 1. Abth. S. 25.

erben. Was also in Ansehung dieser Rechtens ist, muß auch bei den Testamentserben als Recht gelten. Denn wenn gleich dieselben ihr Recht zunächst der Einsetzung des Testirers verdanken, so können sie doch, nachdem sie nun einmal zu Erben sind eingesetzt worden, ihr Recht so gut aus dem Erbzinsbriefe ihres Erblassers herleiten, als desselben Intestaterben, ja sie schließen sogar diese von der Erbfolge aus [14]).

5) Der Emphyteuta ist befugt, jeden, selbst den Erbzinsherrn, vom Gebrauche des Guts auszuschließen. Er kann daher

6) nicht nur sein Recht durch eine **utilis rei vindicatio**, und die **actio Publiciana** gegen jeden Besitzer verfolgen, der sich mit Unrecht die Emphyteusis anmaßt, auch selbst gegen den Erbzinsherrn, wenn sich dieser in den Besitz des Gutes gesetzt hat, und es dem Emphyteuta widerrechtlich vorenthält [15]); sondern er kann sich auch possessorischer Rechtsmittel nach allgemeinen Grundsätzen bedienen, nämlich des *Interdicti uti possidetis*, wegen gewaltsamer Störung des Besitzes, des *Interdicti de vi*, wegen erlittener gewaltsamen Dejection, und des *Interdicti de precario*, wenn er die Ausübung seines Rechts einem Andern precario überlassen hat, der ihm jetzt die Restitution verweigert [16]). Eigne Interdicte für die Em-

14) Man vergleiche vorzüglich *Maximil.* Würth Diss. de emphyteusi. Meletem. XIV.

15) *L.* 1. §. 1. *D. h. t.*

16) Thibaut System des P. R. 2. B. §. 631. a. E.

phyteuse giebt es nicht, sie waren auch hier nicht nöthig [17]).

## §. 604.

### II. Verbindlichkeiten des Emphyteuta.

Der Emphyteuta hat jedoch nicht blos Rechte, er hat auch mancherlei Pflichten zu erfüllen. Er ist nämlich verpflichtet,

A) alle dem Gute anhangenden Lasten, und zwar allein zu tragen, es mögen Steuern, oder Frohnleistungen, oder Zehenden, oder andere auf dem Gute haftende Abgaben sein, von welcher Art sie wollen [18]). Von der Leistung derselben wird auch der Emphyteuta dadurch nicht befreiet, daß sie der vorige Besitzer schuldig geblieben ist [19]). Denn es sind Reallasten, wofür der jedesmalige Besitzer haften muß [20]). Der Emphyteuta muß sich des-

17) Für den ager vectigalis scheint zwar das Interdictum *de loco publico fruendo* (*Dig. XLIII.* 9. *L.* 1. §. 7. *D. ut in flum. publ. L.* 13. §. 7. *D. de Iniur.*) ein solches eigenes Interdict zu seyn. Allein dieses Interdict bezog sich gar nicht auf den Besitz, die conductio allein reichte dazu hin, selbst ohne allen Besitz. S. von Savigny Recht des Besitzes §. 47. Not. 1. S. 505.

18) *L.* 2. *C. de iure emphyt. L.* 2. *C. de annonis et tribut.* von Buri Erläuterung 4. Forts. S. 184. Dabelow Handbuch des heutigen Privatrechts 1. Th. §. 926.

19) *L.* 7. *D. de publican. et vectigal.*

20) *L.* 36. *D. de iure fisci. L.* 5. §. 2. *D. de censib. L.* 3. *C. de ann. et tribut.* Hofacker Princip. iur. civ. T. II. §. 1045.

halb an den vorigen Besitzer halten [21]). Ist ihm das Gut vermacht worden, so kann er verlangen, daß ihn der Erbe entschädige, wenn er die Abgaben bezahlt hat, mit welchen der verstorbene Besitzer in Rückstand verblieb [22]).

21) In der angef. *L.* 7. *D. de publican. et vectigal.* heißt es: **Possessores etiam praeteriti temporis vectigal solvere debere: *eoque exemplo* actionem, si ignoraverint, habituros.** Die Worte *eoque exemplo* halten mehrere Ausleger für fehlerhaft. Cujaz **Observat. Lib. I. cap. 5.** will statt *exemplo* **ex emto** lesen. **Leoninus Lib. I. Emendation. cap. 8.** und **Pothier in Pandect. Iustin. Tom. III. Tit. de censibus Nr. X. pag. 635.** nehmen zwar auch diese Leseart an, allein sie gehen noch weiter als Cujaz, sie lesen statt **eoque** *eosque*, und beziehen dies auf **possessores**, so daß nun der Sinn sey, die Besitzer könnten *actione ex emto* gegen ihren Auctor klagen, wenn sie den Rückstand hätten bezahlen müssen. Allein man kann die Florentinische Leseart, mit welcher auch Haloander übereinstimmt, beibehalten, wenn man mit *Io. Guil.* **Marckart interpretat. receptar. iuris civ. Lection Lib. II. cap. 17. §. 2.** die Worte *eoque exemplo* so erklärt: *eo casu*, **quo possessores solverunt vectigal praeteriti temporis.** Die Klage braucht nun nicht gerade die **actio ex emto** zu seyn, sie kann nach Verschiedenheit des Geschäfts, wodurch der Besitzer das Gut an sich brachte, auch eine andere Klage seyn, z. B. **actio ex testamento**, wenn ihm das Gut vermacht worden ist, weil ihn der Erbe hier entschädigen muß. *L.* 39. §. 5. *D. de legat. I.* oder **actio praescriptis verbis**, wenn er das Grundstück durch Tausch erhielt u. s. w.

22) *L.* 39. §. 5. *D. de legat. I.* **Heres cogitur legati praedii solvere vectigal praeteritum, vel tributum, vel solarium vel cloacarium vel pro aquae forma.** Man sehe über diese Stelle Westphals Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen. 1. Th. §. 820. So lang der Erbe das Grund=

Nur in dem Falle, da Jemand ein von dem vorigen Besitzer verlassenes Patrimonialgut des Fiskus von dem Peraequator [23]) als Emphyteuse übernommen hat, sollen von dem neuen Besitzer die von dem vorigen noch restirenden Abgaben nicht weiter gefordert werden können [24]); welches aber freilich als ein Privilegium für diejenigen, welche agros patrimoniales desertos übernommen haben, nicht

stück noch besitzt, haftet er unstreitig selbst dem Fiskus; nach der Ablieferung aber der Legatar, der jedoch wegen des bezahlten Rückstandes actione ex testamento die Entschädigung von dem Erben fordern kann. S. Pacius *Εναντιοφαν.* s. LL. Conciliatar. Centur. X. Qu. 34.

23) Perequatores waren diejenigen Staatsbediente, welche bei der Besteuerung der Grundstücke die Berichtigung der Ungleichheiten in den Abgaben zu besorgen hatten. Sie waren die Aufseher (inspectores) über die Censitores, welche die Grundstücke zum Zweck der Besteuerung schätzten. S. Cujacii Commentar. ad Lib. XI. Cod. Tit. 58. de censibus et censitoribus et peraequatoribus und *Iac.* Gothofredi Paratitl. Cod. Theod. Lib. XIII. Tit. II. (Tom. V. pag. 139.) Die Peräquatoren mußten auch zugleich dafür sorgen, daß die von den bisherigen Besitzern aufgegebene und verlassene Ländereien und Grundstücke (desertae possessiones) wieder ausgethan wurden, und einen neuen zur Cultur tüchtigen Besitzer erhielten. Godefroi sagt in Commentar. ad L. 13. Cod. Theod. de Senator. (Tom. II. pag. 23.) Peraequatores erant, *qui, inspectis praediis et invicem adaequatis relevarent ea, quibus gravius onus erat adscriptum: vicissim gravarent, si quae per ambitionem vel aliter levius censita vel immunia facta fuissent: item eo fine, ut deserta a dominis destitutaque praedia aliis traderent, atque ita dominos mutarent.*

24) *L. 7. Cod. de Censib. et Censitorib.*

auf andere Emphyteuten angewendet werden kann[25]). Die Quittungen, daß die Steuern richtig abgetragen sind, müssen jedesmal dem Herrn gehörig vorgelegt und ausgehändiget werden[26]). Hat der Emphyteuta die Steuern drei Jahre auflummen lassen, und keine Quittungen eingeschickt, so kann diese Nachläßigkeit dem Erbzinsherrn eine rechtmäßige Ursache geben, den Emphyteuta des Gutes zu entsetzen[27]). Der Emphyteuta ist ferner

B) verpflichtet, das Gut soviel möglich zu verbessern, oder wenigstens so zu cultiviren, daß es nicht verschlimmert werde. Das Erstere ist vorzüglich die Bedingung bei wüsten Ländereien, oder verfallenen Grundstücken. Das Letztere aber ist der Fall bei schon angebaueten Grundstücken. Hieraus folgt, daß der Emphyteuta wegen der auf die Cultur verwandten Unkosten bei der Endigung seines Rechts keine Vergütung verlangen könne[28]). Hat hingegen der Emphyteuta Meliorationen vorgenommen, wozu ihn die Natur des Contrats nicht verpflichtete, so ist der Erzinsherr für solche Verwendungen, sofern sie ihm nützlich sind, den Emphyteuta zu entschädigen allerdings verbunden, wenn gleich durch seine Schuld sein

25) Groscurd Commentat. cit. Cap. 2. pag. 45. sq.

26) *L. 2. C. de iure emphyt.*

27) In der angef. L. 2. C. heißt es: Sin autem — per totum triennium neque pecunias solverit, *neque apochas tributorum domino reddiderit:* volenti ei licere eum a praediis emphyteuticariis repellere.

28) L. 2. *Cod. cit. Nov. VII. cap.* 3. §. 2. *Nov. CXX. cap.* 8. *Ern.* Tentzel Progr. de melioramentis emphyteuticis.

Recht verloren worden wäre [29]). Deteriorirt er das Gut so merklich, daß dessen Werth dadurch vermindert wird, z. B. er läßt die Aecker ganz verwildern, verwüstet die Waldungen, hauet fruchtbare Obstbäume um, u. dgl. so macht er sich des Guts verlustig [30]). Bei den kirchlichen Emphyteusen ist dieses in den Gesetzen [31]) ausdrücklich verordnet, die Praxis aber dehnt es auch auf weltliche Emphyteusen aus [32]), welches sich auch vollkommen dadurch rechtfertigen läßt, weil aus den angeführten Gesetzen nicht erhellet, daß die Entsetzung des Emphyteuta wegen verschuldeter Deterioration als ein besonderes Recht blos bei Kirchenemphyteusen gelten solle [33]). Wenn Hellfeld mit andern [34]) behaupten will, daß wegen der Deterioration auch eine theilweise Privation in Ansehung des deteriorirten Theils Statt haben könne, so ist diese Meinung in den Gesetzen nicht gegründet [35]). Das Gesetz redet von der Entsetzung des Emphyteuta. Si emphyteuta, sagt

29) Voet in Comm. ad Pand. h. t. §. 52. Buri Erläuterung 4. Forts. S. 186. f. Hofacker Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1066. Dabelow Handbuch §. 941. und Thibaut System des P. R. 2. B. §. 632.

30) Buri Erläuterung S. 247.

31) *Nov. CXX. cap.* 8. *Auth. Qui rem. Cod. de SS. Eccles*

32) Hofacker T. II. §. 1056. Dabelow §. 936.

33) Man sehe vorzüglich Voet h. t. §. 46.

34) Carpzov P. II. Const. 38. Def. 23. et 24. und Ayrer in Diss. de diversit. iuris. emphyt. Sect. I. §. 20. pag 43.

35) S. Thibaut Versuche 2. Th. Abh. 15. S. 309. und Groscurd cit. Commentat. Cap. 2. pag. 50. sq.

Justinian[36]), deteriorem reddat rem, quam accepit, potestatem venerabili domui, a qua emphyteusis celebrata est, concedimus, ut ea, veterem statum rei in emphyteusin datae exigat, *et emphyteusi eiiciat.* Allein es fragt sich, wenn der Emphyteuta das Gut an einem Theile zwar verbessert, an dem andern aber deteriorirt hat, ist er die Verschlimmerung mit der Verbesserung zu compensiren befugt, um sich dadurch von der Strafe der Privation zu befreien? Diese Frage ist unter den Rechtsgelehrten sehr streitig. Leyser[37]) hält eine solche Compensation für zuläßig. Allein von Buri[38]) hat diese Meinung ausführlich widerlegt. Er beruft sich hauptsächlich auf die Novelle 120. Kap. 8. wo gesagt wird, die Kirche könne wegen der Deterioration nicht nur vollkommene Wiederherstellung des vorigen Zustandes verlangen, sondern habe auch ein so gegründetes Recht, den Emphyteuta zu entsetzen, *ut is nec de* MELIORATIONIBUS *actionem quandam contra venerabiles domos movere possit.* Kann er also für die gemachten Verbesserungen nicht einmal einigen Ersatz fordern, so vermöge er noch viel weniger durch deren Vorschützung sich von der Strafe der Entsetzung selbst zu befreien. Dieser Meinung stimmt auch Hellfeld bei. Neuere Rechtsgelehrte[39]) hingegen halten zwar dieselbe in der Theorie für richtiger, behaupten aber, daß der Ge-

36) *Nov. CXX. cap.* 8.

37) Meditat. ad Pand. Specim. CII. medit. 8.

38) Erläuterung des teutschen Lehnrechts 4. Forts. S. 247. f. nach der neuern Ausgabe S. 924.

39) HOFACKER T. II. §. 1056. und Dabelow im Handbuch 1. Th. §. 936.

richtsgebrauch jene mildere Meinung angenommen habe[40]). Allein es kommt eigentlich darauf an, ob die Deterioration auf der einen Seite blos in der Absicht geschahe, um das Gut auf der andern Seite dadurch zu verbessern, und es ist also der Werth des Gutes dadurch nicht vermindert sondern vielmehr erhöhet worden, oder sie geschahe in jener Absicht nicht. Im ersten Falle findet keine Privation Statt, weil hier nicht gesagt werden kann, daß die Sache deteriorirt sey. In dem letztern Falle hingegen unterscheide ich nochmals, ob die Meliorationen blos gewöhnliche sind, wozu der Emphyteuta nach der Natur des Contracts verpflichtet war, und wofür er keinen Ersatz fordern kann, oder ob es außerordentliche sind, die ihm auf jeden Fall vergütet werden müssen. In Ansehung der letztern findet ohne Zweifel eine Compensation Statt, denn hier ist ein compensationsfähiges mutuum debitum et creditum vorhanden; nicht aber in Ansehung der ersteren, von denen die von Buri angeführten Gesetze unstreitig zu verstehen sind[41]).

## §. 605.

### Fortsetzung. Bezahlung des Canons.

Der Emphyteuta muß C) die bedungene jährliche Abgabe entrichten, welche *canon*, *pensio*, Erbzins,

40) Sie berufen sich zur Begründung der Praxis auf Carpzov P. II. Const. 38. Definit. 23. und Reinharth Observat. select ad *Christinaeum* Vol. V. Obs. 19.

41) Man vergleiche hier vorzüglich Würth Diss. de emphyteusi Meletem. 2. Thibaut Versuche 2. Band. Abh. 15. Nr. II. S. 310. und Groscurd cit. Commentat. Cap. 2. pag. 52.

Eigenzins genannt wird. Sie wird zur Anerkennung des dem Verleiher vorbehaltenen Obereigenthums (*in agnitionem reservati dominii directi*)[42]), und also zum Zeichen und Beweis gegeben, daß dem Emphyteuta kein uneingeschränktes Alleineigenthum zustehe, und kann in baarem Gelde, oder in Früchten bestehen. Gewöhnlich steht jedoch der Canon mit den Früchten in keinem Verhältniß, indessen kann durch Verträge ein Anders festgesetzt werden. Hieraus folgt nun

1) daß der Canon sich immer gleich bleibt, das Grundstück mag einen Zuwachs, z. B. durch Alluvion, oder aber eine Verminderung, z. B. durch Avulsion erleiden. Denn wenn nur nicht das ganze Object zu Grunde geht, so muß der Emphyteuta den Schaden tragen. In der berühmten Constitution des Kaisers Zeno[43]), wodurch für die Errichtung der Emphyteuse eine eigene, vom Kauf und Pacht verschiedene Art von Consensualcontract geschaffen wurde, heißt es: Si ea, quae fortuitis casibus eveniunt, pactorum non fuerint conventione concepta, *si quidem tanta emerserit clades, quae prorsus etiam ipsius rei, quae per emphyteusin data est, faciat interitum*: hoc non emphyteuticario, cui nihil reliquum permansit, *sed rei domino*, qui, quod fatalitate ingruebat, etiam nullo intercedente contractu habiturus fuerat, *imputetur*. Sin vero *particulare*, vel *aliud leve contigerit damnum*, *ex quo non ipsa rei penitus laedatur substantia, hoc emphyteuticarius suis partibus non dubitet*

42) Voet h. t. §. 8. von Buri S. 182.

43) *L.* 1. *C. de iure emphyt.*

*adscribendum.* Daß aber auch der Anwachs des Gutes durch Alluvion dem Besitzer zu Statten komme, und deswegen die Abgabe nicht erhöhet werden dürfe, bekräftigen die Kaiser Theodos und Valentinian[44]) mit dem eben so billigen als bündigen Grunde: *ne doleant diligentes operam suam agri dedisse culturae*, *nec diligentiam suam sibi damnosam* [iudicantes] *intelligant.*

Hieraus ergiebt sich

2) daß der Emphyteuta keinen Nachlaß des Canons fordern könne, wenn er durch Mißwachs, feindliche Invasionen, und andere Unglücksfälle die Früchte ganz oder zum Theil verloren hat[45]). Denn der Canon wird nicht

44) *L.* 3. *C. de alluvionib.* Man sehe PISTOR Observat. nr. 91. von Buri S. 183. und HOFACKER T. II. §. 1048.

45) Das Gegentheil läßt sich aus *L.* 15. §. 4. *D. Locati* nicht erweisen. Denn die Worte: Hoc idem et in vectigalis damno respondit, gehen auf den Nachlaß, welchen öffentliche Zollpächter (Publicani) in gewissen Fällen fordern konnten, wie *Ian. a* COSTA in Praelectionib. ad illustrior. quosd. Titulos locaq. selecta iuris civ. ad Tit. 66. Lib. 4. Cod. de iure emphyt. p. 348. sq. gezeigt hat. In den Basiliken Tom. II. Lib. XX. Tit. 1. pag. 421. sind zwar jene Worte so übersetzt: *τῦτο γὰρ καὶ ἐπὶ ἐμφυτευτικον ἐςὶν*: d. h. hoc enim et in agro emphyteutico est. Allein diese Uebersetzung ist wohl, wie auch schon Westphal in der Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf, Pacht rc. §. 975. a. E. bemerkt hat, darum unrichtig, weil sie zu dem, was vorher gesagt ist, durchaus nicht paßt. Vorher heißt es nämlich: *Papinianus* Libro quarto Responsorum ait: Si uno anno remissionem quis colono dederit ob sterilitatem, deinde sequentibus annis contigit ubertas: nihil obesse domino remissio-

als Vergütung für die Früchte erlegt[46]). Mehrere Rechtsgelehrten[47]) behaupten jedoch, daß wenn der Emphyteuta das Gut eine Zeit lang gar nicht hat benutzen können, weil es z. B. im feindlichen Besitz, oder überschwemmt war, während der Zeit gar kein Canon gegeben zu werden brauche. Man glaubt, es lasse sich hier der Ausspruch des römischen Juristen Paulus[48]) anwenden, welcher sagt: **Si propter naturam rei, veluti si praedium inundatum sit, aut propter latronum potentiam, non potest possideri: *recte dicitur, non esse, quod possideatur.*** Allein man geht hier von dem ganz falschen Grundsatz aus, als ob der Canon für den Besitz der Emphyteusis gezahlt werde. Der Emphyteuta verliert ja dadurch sein Recht noch nicht; hört auch nicht auf Emphyteuta zu sein. Nun soll nach der Verordnung des Kaisers Zeno[49]) die Ver-

nem, sed integram pensionem etiam eius anni, quo remisit, exigendam. Dies bezieht sich darauf, daß bei den Römern Landgüter auf mehrere Jahre für ein bedungenes locarium verpachtet zu werden pflegten, welches alsdann erst nach Endigung der Pachtzeit bezahlet wurde. Allein der Emphyteuta giebt den Canon nicht für die Früchte, und muß ihn alle Jahr bezahlen.

46) Huber Praelect. h. t. §. 10. Wernher Observation. for. T. I. P. IV. Obs. 214. nr. 145. seqq. Leyser Meditat. ad Pand. Specim. CIII. medit. 4. Carpzov P. II. Const. 38. Def. 19.

47) Lauterbach Colleg. th. pr. Pandect. h. t. §. 13. Voet h. t. §. 20. et 21. Wernher c. l. Obs. 214. nr. 152. von Buri Erläuterung 4. Forts. S. 182. oder S. 860 f. der neuern Ausg. Hofacker Princip. iur. civ. T. II. §. 1048.

48) *L. 12. §. 2. D. de rebus auct. iud. possit.*

49) *L. 1. C. cit.*

pflichtung des Emphyteuta, den Canon zu bezahlen, nur dann aufhören, wenn das ganze Object des Rechts zu Grunde geht, also wenn er das Gut ganz verliert[50]). Es kann demnach von jenem Ausspruche des Paulus hier kein Gebrauch gemacht werden, welcher nur die Frage betrifft, auf welche Güter des Schuldners sich die von den Gläubigern erhaltene Immission erstrecke. Es ist indessen nicht zu läugnen, daß es Fälle giebt, wo der Emphyteuta gänzlichen oder theilweisen Nachlaß des Canons fordern kann, wenn gleich kein solcher Unglücksfall eingetreten ist, welcher der ganzen Emphyteusis ein Ende macht. Dahin gehört 1) wenn der Canon von den Früchten des emphyteutischen Gutes zu entrichten ist, und der Emphyteuta keine, oder nicht soviel geärndet hat. **Impossibilium enim nulla obligatio est**[51]). 2) Wenn der Canon, wie dies bei den teutschen Emphyteusen sehr oft der Fall ist[52]), zu den Früchten in Verhältniß gesetzt ist[53]); oder 3) wenn er nach Morgenzahl berechnet werden soll[54]).

50) *Elb.* Leoninus in Praelect. ad L. 1. Cod. de iure emphyt. nr. 7. (in *Ev.* Ottonis *Thes. iur. Rom.* Tom. V. pag. 660.) *Io.* Corasius in Enarrat. ad L. 1. C. cit. nr. 18. pag. 217. seq. Alef Diss. de emphyteusi Cap. V. §. 41. pag. 435. und Thibaut Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts. 2. B. 15. Abh. Nr. III. S. 313.

51) Alef Diss. de Emphyteusi Cap. V. §. 41. (in Eius *Diebus academ.* pag. 434.)

52) S. Strube de iure villicor. Cap. IV. §. 2. — 4. und Würth Diss. de emphyteusi. Meletem. IV. pag. 13.

53) Lauterbach c. l. §. 13. Strube c. l. cap. IV. §. 3. Jaeger Diss. de emphyteusi salinaria Sect. I. §. 8. pag. 30. Spen-

Der Emphyteuta muß übrigens den Canon unaufgefordert überbringen, und denselben auf seine Kosten alle Jahr zur bestimmten Zeit dem Herrn in seiner Wohnung richtig abliefern [55]). Es gereicht ihm also nie zur Entschuldigung, daß der Canon nicht gefordert worden ist [56]). Ist die Emphyteusis unter mehreren getheilt, so haften alle für die Entrichtung des Canons in solidum, ne praestatio canonis confundatur, wie Ulpian [57]) sagt; wenn nicht etwa 1) die Theilung mit des Erbzinsherrn Einwilligung geschehen, oder 2) ein besonderer Lehnträger (*Proemphyteuta*) zur Recognition der Emphyteusis bestellt ist [58]). Dieser erfüllt sodann die Pflichten für die Besitzer des emphyteutischen Gutes gegen den Erbzinsherrn, als wenn sie seine eigenen wären; er kann aber nicht anders, als mit Einwilligung des Herrn der Emphyteuse, bestellet werden [59]). Besitzen mehrere Erben die

GEL Diss. de natura et indole emphyteus. german. §. 21. LENEPP von der Leyhe zu Landsiedelrecht pag. 438. nr. 3. und ZINTGRAFF Diss. super remissione canonis. *Casselis* 1772.

54) MALBLANC Dig. h. t. §. 416. P. II. pag. 168. THIBAUT System des P. R. 2. B. §. 632. a. E.

55) BECK de iure emphyt. Cap. X. §. 3. *de* BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. 5. Th. 28. Not. 8.

56) *L. 2. C. de iure emphyt.*

57) *L. 7. pr. D. Communi divid.* HOFACKER T. II. §. 1047.

58) Dabelow Handbuch des R. T. Privatrechts 1. Th. §. 928. GROSCURD cit. Commentat. Cap. 2. pag. 44.

59) S. Joh. Heinr. Eberhards Beiträge zur Erläuterung der deutschen Rechte. 1. Th. S. 270. ff. und Joh. Lud. Eckardts Vorrede von der Lehnträgerschaft zu Schröters

Emphyteusis zusammen und ungetheilt, so können sie auch wider ihren Willen angehalten werden, einen gemeinschaftlichen Lehnträger zu bestellen [60]).

## §. 606.

### Inwiefern findet wegen nicht erlegten Canons die Strafe der Privation Statt?

Wenn der Emphyteuta den Canon nicht alle Jahr richtig abträgt, so kommt es zuvörderst darauf an, was dieserhalb bei Errichtung der Emphyteuse unter den Partheien durch Vertrag ist festgesetzt worden. Ist nichts ausgemacht, so liegt es schon in der ursprünglichen Natur des Geschäfts, daß wegen verschuldeter Säumniß in Bezahlung des Canons die Einziehung des Gutes Statt habe. Man erinnere sich hier an den oben (S. 381.) angeführten Begriff des Paulus von *agri vectigales*. Da man sich die Emphyteuse ursprünglich als einen Erbpacht vorstellte, welcher gemeiniglich so lang dauerte, als die jährliche Abgabe richtig bezahlt wurde [61]), so ist es sehr wahrscheinlich, daß bei der Emphyteuse, so wie bei andern Pachtungen ein zweijähriger Rückstand der schuldigen Abgabe den Herrn zur Entsetzung des Emphyteuta berechtiget habe [62]).

Abhandl. von der Lehnwaare. Berlin und Stralsund 1789. gr. 8.

60) Richter Decis. LXXXIII. nr. 56. sq. Carpzov P. II. Constit. 38. Def. 5. nr 8. Eckardt in der angef. Vorrede §. 9. a. E. S. XVIII.

61) §. 3. *I. de locat. conduct.*

62) *L.* 54. §. 1. *L.* 56. *D. Locati.* S. Cujacii Exposit. Novellar. ad Nov. VII. *Iani a* Costa Praelection. ad illustrior. quosd. Titulos locaque selecta iuris civ. ad

Jedoch konnte durch Vertrag bei Errichtung der Emphyteuse auch ein anderer Termin bestimmt werden [63]). So war es ursprünglich nicht nur bei den agri vectigales, sondern eben dieses galt auch bei den zur Emphyteuse gegebenen fiskalischen und Patrimonialgütern des Regenten [64]). Allein Justinian setzte in der Folge einen Termin von drei Jahren fest, und verordnete im Allgemeinen, daß wenn der Emphyteuta ganzer drei Jahre keinen Canon bezahlt hätte, der Herr befugt seyn sollte, ihn zu vertreiben [65]). Die Worte dieser merkwürdigen Constitution lauten so: **In emphyteuticariis contractibus sancimus, siquidem aliquae pactiones in emphyteuticis instrumentis fuerint conscriptae: easdem et in omnibus alliis capitulis observari, et de reiectione eius, qui emphyteusin suscepit, si solitam pensionem, vel publicarum functionum apochas non praestiterit.** ***Sin autem nihil super hoc capitulo fuerit pactum, sed per totum triennium neque pecunias solverit***, **neque apochas domino tributorum reddiderit:** ***volenti ei licere eum a praediis emphyteuticariis repellere:*** **nulla ei in posterum allegatione no-**

L. 2. C. de iure emphyt. pag. 363. von Buri Erläuterung 4. Forts. S. 236.

63) *L.* 31. *D. de pignoribus.* Daß ursprünglich die poena commissi bei Errichtung der Emphyteuse durch ausdrücklichen Vertrag habe festgesetzt werden müssen, wie Groscurd in Comment. cit. cap. 2. pag. 47. not. y. behaupten will, läßt sich aus dieser Stelle nicht erweisen.

64) *L.* 2. *Cod. de fundis patrimon. L.* 2. *C. de susceptoribus. L.* 3. *Cod. Theod. de administr. tutor. L.* 23. *Cod. Iustin. eodem. Ian. a* Costa cit. loc. pag. 364.

65) *L.* 2. *Cod. de iure emphyt.*

mine meliorationis; vel eorum, quae *emponemata* dicuntur, vel poena opponenda: *sed omnimodo eo*, (*si dominus voluerit*) *repellendo*, neque praetendente, quod non est super hac causa inquietatus: cum neminem oporteat conventionem, vel admonitionem exspectare, sed ultro sese offerre, et debitum spontanea voluntate persolvere, secundum quod et anteriore lege nostri numinis [66]) generaliter cautum est. Ne autem ex hac causa dominis facultas oriatur, emphyteutas suos repellere, et reditum minime velle suscipere, ut ex huiusmodi machinatione, triennio elapso, suo iure is, qui emphyteusin suscepit, cadat: licentiam ei concedimus, attestatione praemissa, pecunias offerre, hisque obsignatis et secundum legem depositis, minime dejectionis timere periculum. Da das Gesetz ganz allgemein gefaßt ist, so ist es wohl unstreitig von allen Arten der Emphyteusen zu verstehen, es sei von städtischen und fiskalischen Erbzinsgütern, oder von Privatemphyteusen die Rede; und es ist daher ganz ohne Grund, wenn Janus a Costa [67]) behaupten will, daß Justinian die dreijährige peremtorische Frist nur bei den Privatemphyteusen verordnet habe, bei den städtischen und fiskalischen Erbzinsgütern hingegen die Entsetzung bei zweijähriger Säumniß in der Entrichtung des Canons gelassen habe, welche Meinung auch Westphal [68]) mit Recht verwirft.

66) Justinian meint hier die *L.* 12. *C. de contrah. et committ. stipulat.*

67) Praelect. cit. pag. 365.

68) Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf §. 1065.

Daß auch bei Kirchengütern die dreijährige Säumniß, wie bei den weltlichen Emphyteusen, als Strafe der Privation bestimmt gewesen, ist aus einer andern Verordnung des Kaisers Justinian [69]) zu ersehen. Erst in der Folge hat Justinian bei den kirchlichen Emphyteusen den Entsetzungstermin auf einen zweijährigen Zahlungsrückstand beschränkt [70]). Es entstehen nun folgende Fragen.

1) Kann sich der Herr seines Rechts, den Emphyteuta wegen begangener Saumseligkeit in Entrichtung der jährlichen Abgabe zu vertreiben, durch Vertrag begeben? Janus a Costa [71]) hält die Entsetzung in diesem Falle für so etwas Wesentliches, daß den Herrn, seiner Meinung nach, keine Entsagung binde. Er glaubt, dies sey der Sinn der Worte: ***nulla*** **ei sc. domino, — vel *poena opponenda*, sed omnimodo eo sc. emphyteuta, si dominus voluerit, repellendo;** welche soviel hießen, wenn gleich der Herr sich mittelst einer Conventionalstrafe dem Emphyteuta verpflichtet hätte, daß er ihn nicht vertreiben wolle, so bleibe ihm dennoch sein Recht unbenommen, und der Emphyteuta könne wegen der Strafe keine Einwendung machen. Allein diese Meinung ist in dem Gesetz nicht gegründet. Es wird vielmehr darin ausdrücklich jeder wegen der Vertreibung des Emphyteuta geschlossene Vertrag für gültig erklärt. Warum sollte also eine solche Entsagung nicht gelten? Die Strafe, wegen welcher der Emphyteuta keine Einwendung machen soll, wenn der

69) *L*. 32. *C. de episcop. audient.*

70) *Nov. VII. cap.* 3. §. 2.

71) cit. loc. pag. 368.

Herr auf Entsetzung desselben dringt, kann entweder dahin zielen, daß der Erbzinsherr sich bei der Verleihung der Emphyteuse mittelst derselben verbindlich gemacht hat den Emphyteuta nicht vertreiben zu wollen, oder es kann eine Strafe seyn, wozu der Emphyteuta sich verpflichtet hat, falls er den Canon nicht zu jederzeit richtig abtragen würde. Jene ist immer unter der Bedingung zu verstehen, wenn der Emphyteuta den Zins richtig abträgt; bleibt er aber in den peremtorischen Terminen damit rückständig, so kann er ihn dennoch des Guts entsetzen, und die Strafbedingung findet nicht Statt[72]). Letztere hingegen schließt auf Seiten des Erbzinsherrn die Wahl nicht aus, statt der Conventionalstrafe, die gesetzliche geltend zu machen. Denn auf diese ist keine Entsagung geschehen. Es kann also weder in dem ersten, noch andern Falle die stipulirte Strafe dem Emphyteuta zum Einwand dienen, die gesetzliche Strafe der Privation abzuwenden[73]).

2) Fragt sich's, ob zur Entsetzung des Emphyteuta wegen begangenen Verzugs in Bezahlung des Canons erfordert werde, daß ihm ein **böser Vorsatz** oder wenigstens eine **grobe Nachläßigkeit** zur Last falle? Die meisten Rechtsgelehrten[74]) entscheiden diese Frage bejahend,

72) *L.* 54. §. 1. *D. Locati.*

73) Diese Meinung nimmt auch die Glosse ad L. 2. C. de iure emphyt. an, wo es heißt: *Sed quid si fecerit pactum dominus, ut non liceat ei emphyteutam repellere, etiamsi pensionem non solvat? Responde, pactum servandum.* Man sehe auch **Westphal** a. a. O. S. 802.

74) Leyser Meditat ad Pandect. Specim. CIII. medit. 2. et 3. *Io. Lud. Christ.* Fresenius in Diss. de poena emphyteutae,

weil der eigentliche Grund jener Strafe nicht sowohl in einem interesse pecuniarium des Erbzinsherrn, als vielmehr in einer aus der unterlassenen Zahlung entstandenen Präsumtion beruhe, als ob der Emphyteuta das Obereigenthum des Herrn nicht ferner anerkennen wolle. Sie glauben daher, ein geringes oder mäßiges Versehen, wenn der Emphyteuta damit den Zahlungsrückstand zu entschuldigen vermöge, könne den Verlust der Emphyteuse nicht nach sich ziehen. Allein diese Meinung streitet ganz gegen den Geist der römischen Gesetze. Man vergleiche sämmtliche Stellen des römischen Rechts über mora; nie gedenken sie eines bestimmten Grades der Culpa, sondern reden überall in solchen Ausdrücken, welche nicht nur auf jedes geringste Versehen, sondern sogar auf einen in der Person des Morosen sich ereigneten Zufall, der ihn an Leistung seiner Schuldigkeit hinderte, bezogen werden können [75]). Sie stellen durchaus den Grundsatz auf, daß jeder in der Person des Verpflichteten eintretende Mangel, welcher ihn hinderte, die ihm obliegende Verbindlichkeit seinem zur Annehmung bereiten Gläubiger zu gehöriger

canonem non solventis §. 13. (in Desselben Meditationen für Rechtsgelehrte. 1. Fortsetzung. (Frankf. u. Leipzig 1777. 8.) S. 28.) HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1057. WALCH Introduct. in Controv. iuris civ. pag. 646. Dabelow Handbuch des Röm. Teutsch. Privatrechts. 1. Th. §. 936. a. E. GROSCURD Comm. cit. de iure emphyt. Cap. V. pag. 82. THIBAUT System des P. R. 2. B. §. 634.

75) Z. B. *Cum per te steterit*, *cum per te mora fuit*, *cum per te factum fuit*, *quominus* etc. Vergl. *L.* 3. §. *pen. et ult. et L.* 21. §. 3. *D. de act. E. V. L. ult. D. de peric. et comm. rei vend. L.* 5. *D. de reb. cred.* u. a. m.

Zeit zu erfüllen, eine mora zu des erstern Nachtheile begründe[76]). Von diesem Grundsatz wird nun in Ansehung des Emphyteuta nicht nur keine Ausnahme gemacht, sondern er wird vielmehr auch bei diesem bestätiget. Denn nach der oben angeführten *L. 2. C. de iure emphyt.* ist es zur Vertreibung des Emphyteuta schon genug, wenn er drei ganzer Jahre den Canon nicht bezahlt hat. Einer Culpa wird dabei mit keinem Worte gedacht, geschweige daß ein gewisser Grad derselben wäre ausgezeichnet worden. Wie wenig es die Absicht des Gesetzgebers sey, die Strafe der Privation nur erst dann eintreten zu lassen, wenn der Emphyteuta den Canon vorsätzlich oder aus grober Nachläßigkeit innerhalb dem dreijährigen Zeitraume zu entrichten unterlassen hat, ist daraus ersichtlich, wenn er verordnet, es solle dem Emphyteuta zu keinem Vorwande dienen, daß er während der Zeit nicht an die Bezahlung erinnert worden sey, sondern er solle, mit Verwerfung aller Einreden, wenn der Herr darauf besteht, des Gutes entsetzt werden. Nichts als die mora des Erbzinsherrn, wenn dieser den Canon anzunehmen sich rechtswidrig weigerte, kann ihn gegen die Strafe der Privation wegen der Nichterfüllung seiner Schuldigkeit schützen, weil hier die Ursache an dem Herrn liegt, folglich dem Emphyteuta keine Säumniß zur Last fällt. Empfehlungswürdig ist hierbei die Vorsicht, welche der Gesetzgeber dem

76) *L.* 137. §. 4. *D. de Verbor. obligat.* Nur reiner und gänzlicher Sache-Mangel zur Zeit, da die Verbindlichkeit erfüllt werden sollte, schadet demjenigen Theile, welcher die Sache erhalten sollte. S. Fr. Schömann's Handbuch des Civilrechts 2. Bd. Nr. XI. S. 301. ff.

Emphyteuta an die Hand giebt, wenn der Erbzinsherr den Canon aus Chikane nicht annehmen will. Er kann ihm nämlich das Geld nochmals in Gegenwart einiger Zeugen anbieten, bei fernerem Verweigern aber solches versiegeln und gerichtlich deponiren. So ist er gegen alle Gefahr einer Dejection gesichert. Man sieht nun aus dem allen wohl von selbst ein, daß die Idee, als ob aus dem dreyjährigen Ausbleiben mit der Bezahlung des Canons auf Seiten des Emphyteuta der Verdacht begründet werde, er wolle kein Obereigenthum mehr anerkennen, und daß blos aus dieser Ursache die Strafe der Privation geordnet sey, in den Gesetzen nicht den geringsten Grund habe. Es ist vielmehr, wie Buri[77]) sehr richtig bemerkt hat, viel wahrscheinlicher, daß Justinian, der sich die Emphyteuse als einen Erbpacht vorstellte, das bei andern Verpachtungen gebräuchliche Recht, vermöge welchen der Pächter sein Recht verlor, wenn er in zwei Jahren kein Pachtgeld bezahlt hatte, bei der *L.* 2. vor Augen gehabt, und nur dem Emphyteuta, um ihm vor einem bloßen Pächter einiges Vorrecht zu ertheilen, ein Jahr längere Frist gegeben habe[78]). Unser Autor nimmt nun zwar auch die theoretisch richtige Meinung an, bemerkt aber, daß in der Praxis auf die Strafe der Privation nur dann erkannt werde, *si ex vero contemtu in dominum*, sicque *dolo vel culpa lata canon haud fuerit solutus*. Allein mag immerhin bei diesem oder jenem Dikasterium aus irriger Voraussetzung so gesprochen worden seyn, so kann dadurch noch keine allgemeine Praxis begründet werden, es tritt viel-

77) Erläuterung des Lehnrechts 4. Forts. S. 236. oder S. 912.

78) Man sehe auch Würth Diss. de emphyteusi Meletem. 3.

mehr der Ausspruch des Celsus[79]) ein: *Quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est: in aliis similibus non obtinet.* Es fragt sich ferner,

3) ob der Emphyteuta auch dann, wenn er innerhalb des gesetzmäßigen Zeitraumes von zwei und drei Jahren nur einen Theil des Canons abgetragen hat, des Gutes entsetzt werden könne? Die Rechtsgelehrten sind bei Entscheidung dieser Frage sehr verschiedener Meinung. Einige[80]) läugnen, daß in diesem Falle die Privationsstrafe Statt habe, wenn gleich der Herr die abschlägliche Zahlung nicht angenommen hätte. Andere[81]) hingegen wollen nur dann den Emphyteuta gegen die Strafe der Verwirkung geschützt wissen, wenn er einen Theil des Canons zu rechter Zeit abgeführt, und der Erbzinsherr die abschläglich geleistete Zahlung wissentlich angenommen hat. Beide Meinungen beruhen hauptsächlich auf folgenden Gründen: 1) weil der Canon zur Anerkennung des Obereigenthums gegeben werde; dieses aber auch durch abschlägliche Particularzahlung anerkannt werde. Es falle also der Grund

79) *L.* 39. *D. de Legib.*

80) Carpzov P. II. Const. XXXVIII. Def. 4. Leyser Meditat. ad Pand. Specim. CIII. medit. 7. et 8. Müller Observat. pract. ad *Leyserum* Tom. I. Fasc. II. Obs. 249. Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 2. Band. Nr. 59.

81) Brunnemann in Comm. ad L. 2. C. de iure emphyt. von Buri Erläuterung. 4. Fortſ S. 232. ff. Ayrer in Diss. de diversitate iuris emphyt. Sect. I. §. 20. pag. 43. sq. Groscurd Commentat. cit. Cap. 5. pag. 82.

der Strafe, nämlich dem Erbzinsherrn sein Obereigenthum entreißen zu wollen, in diesem Falle weg. 2) Weil das Gesetz bei der Strafe der Privation voraussetze, daß der Emphyteuta die ganze Zeit der zwei oder drei Jahre hindurch keinen Canon, oder wie es in der L. 2. C. *de iure emphyt.* heißt, kein Geld gegeben habe. Dies könne man aber von einem Emphyteuta nicht sagen, der wenigstens auf Abschlag eine Zahlung geleistet hat. Noch Andere [82]) hingegen unterscheiden, ob das, was der Emphyteuta abschläglich bezahlt hat, wenigstens der Summe einer einjährigen Abgabe gleich kommt, oder noch nicht einmal soviel beträgt. Im ersten Falle könne er nicht vertrieben werden, denn er restire nur den Canon von zwei Jahren. In dem letztern Falle aber könne er entsetzt werden, wenn er nicht rechtmäßige Entschuldigungsursachen anzuführen wisse. Allein Andere [83]) glauben, es komme bei einer Particularzahlung des Canons vielmehr darauf an, ob die jährlichen Defecte, zusammengerechnet, einen zweijährigen oder, nach Verschiedenheit der Emphyteusis, dreijährigen Rückstand ausmachen, oder nicht. Nur in jenem Falle finde Privation Statt, jedoch sei zugleich darauf zu sehen, wie der Herr über die abschlägliche Zahlung quittirt habe, ob er nämlich in der Quittung bekannt habe, daß er für jedes Jahr einen Theil des Canons abschläglich erhalten, oder ob er jede Zahlung auf den Rückstand abge-

82) Fachinaeus Controvers. iuris Lib. I. cap. 96. und Fresenius Diss. cit. §. 17. in Desselben Meditationen für Rechtsgelehrte. 1. Forts. S. 35.

83) *Fr.* Alef Diss. de emphyteusi. Cap. V. §. 40. und *Max.* Würth Diss. cit. Meletem. VI.

rechnet habe. In dem ersten Falle habe keine Entsetzung Statt, weil man nicht sagen kann, daß ein Jahr vergangen sey, für welches nichts bezahlt worden. Es bleibe also nur eigentlich der letzte Fall übrig, wo die Strafe eintrete, weil es dem Gläubiger freistehe, die abschlägliche Zahlung jeden Jahres auf die alte Schuld abzurechnen. Die meisten Rechtsgelehrten [84]) sind jedoch darin einverstanden, daß auch eine abschlägliche Particularzahlung den Emphyteuta nicht von der Strafe der Privation befreie, wenn er nicht noch vor Ablauf des letztern Termins den Rückstand völlig abgetragen hat, und diese Meinung verdient auch nach richtigeren Grundsätzen ohne Zweifel den Vorzug. Denn ist zur Erfüllung einer Verbindlichkeit ein peremtorischer Termin, es sey vom Gesetz oder durch Vertrag, bestimmt, nach dessen Ablauf das davon abhängende Recht des Verpflichteten verloren geht, so wird die theilweise, selbst beinahe vollständige Erfüllung einer solchen Verbindlichkeit in ihren Folgen juristisch der gänzlichen Nichterfüllung gleichgesetzt [85]). Es ist eine ganz

84) *Elb.* Leoninus in Praelect. ad L. 2. C. de iure emphyt. nr. 5. (in *Ev.* Ottonis *Thes. iur. Rom.* Tom. V. pag. 662. sq.) Voet Comm. h. t. §. 37. *Hub.* Giphanius Explanat. divicilior. LL. Cod. ad L. 2. C. de iure emph. pag. 359. Perez Praelect. in Cod. Tit. de iure emphyt. nr. 19. Harppreght Comment. ad Instit. Lib. III. Tit. 25. num. 482. sq. Berlich Conclus. pract. P. ll. Concl. 46. nr. 21. *de* Cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 9. Hofacker Princip. iur. civ. T. II. §. 1057. nr. IV. Malblanc Dig. P. II. §. 417. pag. 172. Thibaut Syst. des P. R. 2. B. §. 634. der zweiten Aufl.

85) *L.* 47. *D. de act. emti vend. L.* 4. §. 1. *D. de lege commiss. L.* 5. §. 3. *et* 4. *L.* 85. §. 6. *D. de Verbor. obligat L.* 25.

irrige Voraussetzung, wenn man meint, es sey zur Recognition des Obereigenthums genug, wenn nur alle Jahr etwas vom Canon abgetragen sey. Denn man könnte auch alsdann mit eben dem Rechte sagen, es sey genug, wenn der Emphyteuta dem Erbzinsherrn alle Jahr einmal, es sey mündlich oder schriftlich, bezeugt habe, er erkenne ihn für seinen Herrn, ohne das Geringste zu bezahlen. Hier könnte ihn der Herr dann auch nicht vertreiben. Nein die Anerkennung muß auf eine gesetzmäßige Art geschehen, d. i. durch jährliche Abtragung des ganzen Canons mit dem Eintritt der Verfallzeit.

Daß übrigens der Emphyteuta, wenn er wegen der Saumseligkeit in Entrichtung des Canons nach Ablauf des gesetzlichen Termins des Gutes entsetzt wird, dennoch den rückständigen Zins nachzuzahlen schuldig sey, ist an sich keinem gegründeten Zweifel unterworfen. Justinian sagt dies ausdrücklich Nov. 120. Kap. 8. wo es heißt: Si emphyteuta — ecclesiae, aut alteri venerabili domui, — per biennium non intulerit, quod ab eo promissum est, emphyteuticum canonem; damus licentiam venerabili domui, ex qua emphyteusis facta est, *et quae debentur solum pro praecedente tempore — exigere, et ejicere de emphyteusi* [86]). Und wenn gleich das Gesetz blos von kirchlichen Emphyteusen redet, so ist doch aus den Worten desselben nicht zu ersehen, daß dieses etwa als ein besonderes Vorrecht nur für diese allein verordnet sey.

§. 13. *D. Famil. erciscundae.* S. THIBAUT Syst. des P. R. 1. B. §. 106.

86) Man sehe auch *Auth.* Qui rem huiusmodi. *Cod. de SS. Eccles.*

Es muß folglich auch bei den weltlichen Emphyteusen um so mehr das Nämliche Rechtens seyn, da hier von zwei verschiedenen Forderungen die Rede ist, welche nicht aus ein und eben demselben Grunde herrühren. Denn die Einziehung des Erbzinsgutes ist ein Recht, welches dem Herrn nach dem Gesetz zusteht, die Bezahlung des rückständigen Canons aber kann der Herr vermöge des Contracts fordern. Nun schließen Klagen, welche verschiedene Zwecke haben, einander nicht aus [87]). Es ist daher offenbar irrig, wenn Carpzov [88]) meint, daß der rückständige Zins in dem Falle nicht weiter gefordert werden könne, da der Emphyteuta das Gut verliert. Siphan [89]), Herr von Buri [90]) und die Gebrüder Overbeck [91]) haben diese Meinung umständlich widerlegt.

Aber desto streitiger ist 4) die Frage, ob sich der Herr nicht seines Rechts, den Emphyteuta zu vertreiben, dadurch stillschweigend begeben habe, wenn er den von den verflossenen zwei oder drei Jahren rückständigen Canon, ohne Vorbehalt seiner Rechte, angenommen hat? Die meisten Rechtsgelehrten [92]) entscheiden diese Frage zu Gun-

87) *L.* 7. §. 1. *D. de condict furt.* S. Thibaut Syst. des P. R. 1. B. §. 67.

88) Iurispr. for. P. II. Constit. 38. Def. 6. nr. 10. sqq.

89) Explanat. difficilior. et celebrior. LL. Cod. ad L. 2. Cod. de iure emphyt. pag. 358. sq.

90) Erläuterung des Lehnrechts. 4. Forts. S. 238. ff. lit. h.

91) Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 2. B. 61. Meditat.

92) *Elb.* Leoninus Praelect. ad L. 2. C. de iure empyt. nr. 18. (in *Ev.* Ottonis *Thes. iur. Rom.* Tom. V. pag. 664.) *Io.*

sten des Emphyteuta; ja Leyser[93]) geht so weit, daß er behauptet, wenn auch der Herr schon wirklich die Privationsklage angestellet hätte, so begebe er sich dadurch der Klage, wenn er während des Prozesses den schuldigen Rückstand vom Emphyteuta ohne Protestation annimmt. Allein mit Recht widersprechen dieser Meinung Johann Corasius[94]), Hubert Giphan[95]), von Buri[96]), Franz Alef[97]), Joh. Thad. Müller[98]) Joh. Christ.

Ferrarius Enarrat. ad L. 2. C. de iure emphyt. pag. 327. Voet Comment. h. t. §. 43. Vinnius Select. iuris Quaest. Lib. II. cap. 3. Fachinaeus Controv. iuris Lib. I. cap. 99. Lauterbach Colleg. th. pr. Pandect. h. t. §. 22. in fin. Carpzov. P. II. Const. 38. Def. 6. Hofacker Princip. iuris civ. Tom. II. §. 1058. in fin. Dabelow Handbuch des heutigen R. T. Privatrechts 1. Th. §. 937. Malblanc Dig. P. II. h. t. §. 417. pag. 172. Boehmer Iur. Dig. h. t. §. 14. in fin. Groscurd cit. Commentat. Cap. 2. pag. 48. u. a. m.

93) Meditat. ad Pand. specim. CIII. medit. 6. Ihm stimmt auch Walch in Introduct. in Controv. iur. Sect. III. Cap. IV. Membr. IV. Subs. III. §. 3. pag. 645. bei.

94) Enarrat. ad L. 2. Cod. de iure emphyt. ad v. *Repellendo. pag*. 246.

95) Explanat. difficilior. et celebrior. LL. Cod. ad L. 2. C. de iure emphyt. pag. 358. et 363.

96) Erläuterung des Lehnrechts 4. Forts. S. 240. a. E. u. folgg.

97) Diss. de emphyteusi Cap. V. §. 46 — 51. (in Eius *Dieb. academ.* pag. 438. sq.)

98) System. Pandectar. P. II. Sect. I. Tit. XVI. §. 688. not. I. pag. 720.

Lud. Fresenius[99]), Lud. Gottfr. Madihn[100]), Joh. Carl Jesnizer[1]), Joh. Ernst Just. Müller[2]) und Maximil. Würth[3]). Denn 1) ist gezeigt worden, daß der Emphyteuta, wenn er gleich des Gutes entsetzt wird, dennoch zur Bezahlung des rückständigen Canons verpflichtet sey. Der Herr erhält folglich durch Annehmung des rückständigen Zinses weiter nichts, als was ihm ohnehin gehört. Es läßt sich also hieraus auf die Begebung seines Rechts, den Emphyteuten zu vertreiben, um so weniger ein gültiger Schluß machen, je deutlicher das Gesetz (*L.* 2. *C. de iure emph.*) verordnet, daß es dem Herrn erlaubt sein solle, den Emphyteuta, wenn dieser in dem gesetzlichen Termin den Canon nicht bezahlt hat *omnimodo* zu vertreiben, ohne daß deshalb irgend eine Einrede dem Herrn solle entgegengesetzt werden können, als etwa die, es habe blos an dem Herrn gelegen, den Canon anzunehmen. 2) Hat der Emphyteuta in drei Jahren keinen Canon bezahlt, so ist das Recht desselben mit dem Ablauf des letzten Termins ipso iure erloschen. Es findet daher weder vor noch nach angestellter Privationsklage eine

99) Diss. de poena emphyteutae canonem non solventis §. 15. (in desselben Meditationen für Rechtsgelehrte. 1. Fortſ. S. 31.)

100) ad *Mencken* Introd. in doctr. de actionibus for. pag. 285. Not. 876.

1) Diss. Quaestionem: utrum emphyteuta ante motam actionem privatoriam offerendo canonem moram purgare possit? continens. *Lipsiae* 1777. §. 15. sqq.

2) Observat. pract. ad *Leyserum* Tom. I. Fasc. II. Obs. 248.

3) Diss. de emphyteusi. Meletem. V.

purgatio morae Statt. Dies ist allgemeinen Rechtens, so oft wegen der Nichterfüllung einer Verbindlichkeit eine Strafe stipulirt, oder gesetzlich bestimmt ist[4]). Eben dies ist aber auch insonderheit bei der Emphyteusis gesetzlich verordnet. Denn nach der *L. 2. C. de iure emph.* ist die Strafe verwirkt, sobald die dreijährige Frist verstrichen ist, und es soll lediglich von dem Herrn abhängen, ob er den Emphyteuta vertreiben will. Die Worte: *triennio elapso, suo iure is, qui emphyteusin suscepit, cadat*, setzen dieses außer allen Zweifel, wenn man zumal damit die vorhergehenden Worte verbindet: *cum neminem oporteat conventionem vel admonitionem exspectare, sed ultro sese offerre, et debitum spontanea voluntate persolvere;* nach welchem hier die mora ohne alle Interpellation blos *ex re* begründet wird. Noch deutlicher ist dieses in der Nov. 7. Kap. 3. §. 2. bestimmt, wo es nach der Hombergkischen Uebersetzung heißt: *Sciant autem emphyteutae, quodsi continuo biennio canonem emphyteuticum non solvant*, (ut enim hoc tempus pro triennio in aliis hominibus definito *ad emphyteusin ecclesiasticam, vel ad pauperes pertinentem*, amittendam non soluto canone sufficiat, sancimus) *omnino emphyteusin amissuri, quique sacris domibus praesunt, potestatem, si velint, habituri sint praedia et domos vindicandi, sine metu reddendi meliorationes.* Ist also die Emphyteuse wegen des resp. zwei- oder dreijährigen Rückstandes ipso iure verwirkt, so daß mit Verwerfung aller Einreden, außer der, daß der Herr in mora

4) *L. 23. pr. D. de recept. L. 23. D. de obligat.* et *action. L. 41. §. 12. D. de fideicomm. libertat. L. 12. Cod. de contrah. et committ. stipulat.*

accipiendi gewesen, die Privationsklage Statt haben soll; so läßt sich doch wohl gewiß nicht behaupten, daß dem Herrn, wenn er auf die Entsetzung des Emphyteuten dringt, die Einrede entgegengesetzt werden könne, daß er sich seines Rechts begeben habe, weil er, was er doch auf jeden Fall zu fordern befugt war, den rückständigen Canon angenommen hat. Die Gegner gehen hier offenbar von ganz falschen Grundsätzen aus, wenn sie behaupten, die Privationsklage sey gleichsam als eine Injurienklage anzusehen, welche mehr auf Rache, als auf Entschädigung abziele, die Bezahlung des rückständigen Canons aber als eine Art der Genugthuung, welche der Emphyteuta geleistet habe, und durch deren unverweigerte Annehmung von Seiten des Herrn nun alles Unrecht, als verziehen, angenommen werden müsse. Wie wenig diese Ansicht dem Geist der römischen Gesetze gemäß sey, erhellet schon daraus, weil auf die Art auch bei einem jeden Miethsmann, der den Miethzins nicht richtig abgetragen, und deswegen sein Recht verloren hat, ja bei allen säumigen Schuldnern, welchen das Kapital deswegen aufgekündigt worden, aus gleichem Grunde eine Injurie, und daher die daraus entspringende Klage als begründet angenommen werden müßte, über welchen Unsinn doch gewiß ein jeder Rechtsverständiger lachen würde. Gesetzt aber auch, die Privationsklage habe eine Aehnlichkeit mit der Injurienklage, und man könnte von der einen auf die andere schliessen, so besteht die Genugthuung, welche der Herr zu verlangen befugt ist, doch sicher nicht in der Erhaltung des rückständigen Canons, sondern in der Einziehung des ganzen Gutes. Folglich kann man nicht sagen, daß der Herr durch die geschehene Abtragung und den Empfang des Rück-

standes seine Genugthuung erhalten habe, indem er dadurch nichts weiter, als eine ihm ohnedem zukommende Schuld, keinesweges aber eine Genugthuung für die angeblich erlittene Injurie und Verachtung erhält, als welche vielmehr nach dem Gesetz durch Einziehung des ganzen Gutes gebüßt werden müßte. Eben so irrig ist es, wenn die Gegner annehmen, es finde noch nach Ablauf des gesetzlichen Termins eine purgatio morae Statt. Zwar heißt es *cap.* 4. *X. de locat. conduct. Emphyteuta quoque* — cessando in solutione canonis per biennium (*nisi celeri satisfactione postmodum sibi consulere studuisset*) iuste potuisset expelli; non obstante, quod ei, ut canonem solveret, non extitit nunciatum. Nam in hoc casu dies statuta pro domino interpellat. Allein auch davon abgesehen, daß es noch sehr zweifelhaft ist, ob hierin das canonische Recht dem römischen Recht vorzuziehen sey, welches mehrere Rechtsgelehrten [5]) darum läugnen, weil das römische Recht der Analogie gemäßer ist, und überdem die Verordnung des päbstlichen Rechts gar füglich von dem Falle erklärt werden kann, da der Emphyteuta bald nach Ablauf des letzten Termins durch Abtragung des ganzen Canons den Herrn wieder zufrieden zu stellen, und ihn dadurch von Anstellung der Privationsklage abzustehen vermocht hat, wie das Wort *studuisset* zu erkennen giebt, woraus sich aber noch keine Verbindlichkeit des Herrn, sich die Reue des Emphyteuten gefallen zu lassen, folgern läßt; so ist auch überhaupt nur von einer Emphyteusis der Kirche die Rede, bei welcher der besondere Grund eintritt,

5) Giphan. c. l. pag. 361. von Buri S. 243. Iesnizer cit. Diss. §. 12.

daß schon durch einen zweijährigen Zahlungsrückstand das Recht des Emphyteuta verloren geht. Man hielt es daher unstreitig auch der Billigkeit gemäß, in Absicht auf die Mittel, die Strafe der Privation abzuwenden, eine gelindere Verordnung eintreten zu lassen; welche also auch nur bei kirchlichen, aber nicht bei weltlichen Emphyteusen Anwendung findet[6]), und zwar so lange die Privationsklage noch nicht angestellt worden ist[7]). So viel ist indessen außer Zweifel, daß wenn der Erbzinsherr nach Empfang des Rückstandes auch den Canon vom vierten Jahre annimmt, ohne auf Entsetzung des Emphyteuta zu klagen, er hierdurch deutlich genug zu erkennen gege-

6) S. Valascus de iure emphyteutico Qu. 5. Covarruvias Libr. III. Variar. Resolut. Cap. 17. nr. 4. *Paul. Ios. a* Riegger Institut. iurisprud. eccles. P. III. §. 343. in fin. Alef Diss. cit. de emphyteusi. Cap. V. §. 42 — 45. Fresenius cit. Diss. §. 14. in fin. (in Dessen Meditationen 1. Fortſ. S. 30.) Groscurd cit. Comm. de iure emphyt. Cap. 2. pag. 48. not. z.

7) Die Canonisten erklären die Worte *celeri satisfactione* in den angeführten *Cap. fin. X. de loc. cond.* sehr verschieden. Die Glosse sagt: *Celeritas ad modicum tempus refertur post biennium respectu ipsius biennii, et illud modicum considerabitur arbitrio iudicis, ex quo non est determinatum in iure. Lud.* Engel in Colleg. univ. iuris canon. Lib. III. Tit. 18. nr. 18. glaubt, die purgatio morae müsse längstens binnen einem oder zwei Monaten nach Ablauf des gesetzlichen Termins geschehen. *Fr.* Alef in Diss. de emphyteusi Cap. V. §. 45. nimmt einen Termin von vier Monaten an. Allein das Gesetz bestimmt hierüber nichts.

ben habe, daß er sich seines Rechts, den Emphyteuta zu verstoßen, nicht bedienen wolle [8]).

Uebrigens ist noch zu bemerken, daß eine bloße Compensation, wenn auch der Emphyteuta wirklich eine ganz liquide Gegenforderung an den Herrn haben sollte, eben so wenig von der Verbindlichkeit den Canon zu entrichten, als von der Strafe der Privation im Unterlassungsfalle befreie. Denn der Canon wird zur Anerkennung des Obereigenthums gegeben, eine solche Anerkennung aber kann nicht, wie die Compensation, ipso iure und ohne ein Factum des Emphyteuta geschehen [9]).

## §. 607. (§. 610.)

Fortsetzung. Anzeige des Contracts beim Verkaufe der Emphyteusis. Einstandsrecht des Erbzinsherrn. Erläuterung der *L. 3. C. de iure emphyt.*

Wenn gleich der Emphyteuta das Gut nach Willkühr veräußern kann, ohne zuvor den Herrn um seine Einwilligung zu ersuchen [10]); so ist er dennoch D) in dem Falle, wenn er sein Grundstück an einen Dritten verkaufen will, schuldig, den vorhabenden Contract zuvor dem Herrn

8) Voet in Comm. h. t. §. 42. Hofacker Princ. iur. civ. T. II. §. 1058. V. 1. Fresenius cit. Diss. §. 16. in den Meditationen 1. Forts. S. 34.

9) Voet h. t. §. 39. Malblanc Dig. P. II. h. t. §. 417. p. 172. Viele wollen indessen die Compensation als einen Entschuldigungsgrund zulassen, als von Buri in der Erläuterung. 4. Forts. S. 231. nr. 7. lit. c. Mencken Doctr. de act. for. pag. 284. nr. 4. u. a. m.

10) §. 3. *I. de locat. conduct.* Vinnius in Commentar. ad h. §. 3.

anzuzeigen, und ihm nicht nur den Käufer bekannt zu machen, wenn er ihn zu wissen verlangt, sondern auch davon zu benachrichtigen, wie hoch er das Gut an den Mann bringen kann. Der Grund hiervon ist, weil bei dem Verkaufe des emphyteutischen Gutes der Herr das Einstandsrecht hat, so daß wenn er das Grundstück um den angebotenen Preis selbst annehmen will, es ihm der Emphyteuta vor dem fremden Käufer überlassen muß. Damit jedoch der Herr unter keinem Vorwande dem Emphyteuta seine günstigen Aussichten vereiteln, und ihn um die Vortheile des Kaufpreises, der ihm angeboten worden, durch Schikane bringen möge, so ist ihm eine Bedenkzeit von zwei Monaten gesetzt. Diese muß der Emphyteuta noch abwarten. Erklärt sich der Dominus binnen dieser Frist auf den ihm gemachten Antrag in der gehörigen Art nicht, oder er will für das von dem Dritten gebotene Kaufgeld das emphyteutische Gut nicht selbst übernehmen, so ist nunmehr der Emphyteuta berechtiget, ohne weiteres die Emphyteusis, an wen er will, zu verkaufen, und er hat nur die Vorsicht dabei zu beobachten, daß er sie nicht an eine solche Person verkaufe, welcher die Erwerbung eines emphyteutischen Gutes in den Gesetzen verboten ist. Unterläßt hingegen der Emphyteuta diese Anzeige, und schließt den Kaufcontract ohne Wissen des Erbzinsherrn mit seinem Käufer ab, so macht er sich aller seiner Rechte verlustig, und die Emphyteusis kann als kaduc eingezogen werden. Dies ist der wahre Sinn der von vielen mißverstandenen *L.* 3. *C. de iure emphyt.* dessen Worte, so weit sie hierher gehören, folgendermaßen lauten [11]: Cum dubi-

11) Einen gründlichen Commentar über die *L.* 3. *C. de iure emphyt.* findet man in den gemeinnützigen jurist. Beobachtungen

tabatur, utrum emphyteuta debeat cum domini voluntate suas meliorationes, quae graeco vocabulo ἐμπονήματα dicuntur, alienare, vel ius emphyteuticum in alium transferre, an eius exspectare consensum? Sancimus, siquidem emphyteuticum instrumentum super hoc casu aliquas pactiones habeat, eas observari. Sin autem nullo modo huiusmodi pactio interposita est, vel forte instrumentum emphyteuseos deperditum est: minime licere emphyteutae sine consensu domini meliorationes suas aliis vendere, vel ius emphyteuticum transferre. Sed ne hac occasione accepta, domini minime concedant emphyteutas suos accipere pretia meliorationum, quae invenerunt, sed eos deludant, et ex hoc commodum emphyteutae depereat: disponimus, attestationem domino transmitti, et praedicere, quantum pretium ab alio revera accipi potest. Et si quidem dominus hoc dare maluerit, et tantam praestare quantitatem, quantam ipse revera emphyteuta ab alio recipere potest, ipsum dominum omnimodo haec comparare. Sin autem duorum mensium spatium fuerit emensum, et dominus hoc facere noluerit: licentia emphyteutae detur, ubi voluerit, et sine consensu domini meliorationes suas vendere: his tamen personis, quae non solent in emphyteuticis contractibus vetari ad huiusmodi venire emtionem. Necessitatem autem habere dominus, si aliis melioratio secundum praefatum modum vendita sit, accipere emphyteutam, vel si ius emphyteuticum ad personas

und Rechtsfällen von Gmelin und Elsässer. 4. Band. Nr. VIII. S. 93. ff.

non prohibitas, sed concessas et idoneas ad solvendum emphyteuticum canonem transponere emphyteuta maluerit: non contradicere, sed novum emphyteutam in possessionem suscipere. — Sin autem novum emphyteutam, vel emtorem meliorationis suscipere minime dominus maluerit, et, attestatione facta, intra duos menses hoc facere supersederit: licere emphyteutae, etiam non consentientibus dominis ad alios suum ius vel emphyteumata transferre. Sin autem aliter fuerit versatus, quam nostra constitutio disposuit, iure emphyteutico cadat. Viele Rechtsgelehrten[12]) wollen behaupten, daß nach diesem Gesetz dem Emphyteuta zur Pflicht gemacht sey, jede vorhabende Veräußerung dem Herrn anzuzeigen, um dessen, ohne gerechten Grund jedoch nicht zu verweigernde, Zustimmung zu erhalten. Diese Meinung hat auch gewiß keine ganz unbedeutenden Gründe für sich. Denn gleich der Anfang der Gesetzstelle scheint eine Verordnung anzukündigen, welche die verschiedenen Verbindlichkeiten des Emphyteuta bei der Veräußerung seines Gutes überhaupt bestimmt, und macht beim ersten Anblick glaubend, daß sie in allen und jeden

12) *Elb.* Leoninus in Praelect. ad L. ult. Cod. de iure emphyt. (bei Otto in *Thes. iur. Rom.* Tom. V. pag. 666.) Lauterbach Colleg. th. pract. Pandectar. h. t. §. 17. Fachinaeus Controvers. iuris Lib. III. cap. 97. et Lib. VI. cap. 98. Wernher Observat. for. Tom. I. P. III. Obs. 235. Leyser Meditat. ad Pand. Specim. CV. medit. 2. von Buri Erläuterung des Lehnrechts 4. Fortſ. S. 172. folg. Alef Diss. de emphyteusi. Cap. V. §. 34. et 35. Walch Introduct. in Controvers. iuris civ. pag. 648. (edit. noviss. *Ienae* 1791.) Thibaut Syst. des P. R. 2. B. §. 632. C.

Fällen einer vorzunehmenden Alienation anwendbar wäre, und nichts weniger, als auf den einzigen Kaufcontract eingeschränkt werden dürfe. Die Ausdrücke: *suas meliorationes alienare, ius emphyteuticum in alium transferre, ius emphyteuticum ad personas non prohibitas transponere,* sind gewiß allgemein, und fassen alle Arten der Veräußerung in sich; und die bestrittene Frage, ob der Emphyteuta zur Veräußerung seiner Emphyteusis die Einwilligung des Obereigenthümers nöthig habe, oder nicht? welche der Gesetzgeber hier entscheidet, scheint fast keinen Zweifel übrig zu lassen, daß Justinian durch seine Decision den Richtern eine allgemeine Norm habe an die Hand geben wollen, welche ihnen für alle Arten der Veräußerung zur Entscheidung dienen könnte. Hierzu kommt, daß der Grund, weil den Erbzinsherrn beim Verkauf der Emphyteuse das Näherrecht zusteht, nicht der einzige zu seyn scheint, warum der Emphyteuta die vorhabende Veräußerung dem Herrn anzeigen soll. Es läßt sich noch ein anderer Grund denken, der bei einer jeden andern Veräußerung eben so wichtig, wie beim Verkauf der Emphyteuse ist, nämlich der, daß dem Erbzinsherrn wider sein Wissen kein neuer Emphyteuta aufgedrungen werden dürfe. Es muß ihm also doch Nachricht gegeben werden, auf wen der Emphyteuta sein Recht übertragen will, damit er allenfalls gegen die Tüchtigkeit desselben die nöthigen Erinnerungen machen könne. Ja Elbert Leoninus[13]) glaubt sogar, der Dominus könne selbst in jedem Falle der Veräußerung vor einem Dritten den Vorzug verlangen, wenn er sich zu dem verstehe, was der Richter, als den wahren Werth der

13) Cit. loc.

Sache bestimmt und festgesetzt hätte, die Fälle einer nothwendigen Veräußerung allein davon ausgenommen.

Allein diese Meinung findet sich in dem Gesetz selbst so bündig widerlegt, daß man sich wirklich wundern muß, wie sie noch unter den neuern Rechtsgelehrten hat so berühmte Vertheidiger finden mögen. Der Gesetzgeber erwähnt gleich anfangs, daß die Frage bestritten worden sey, ob der Emphyteuta sein Erbzinsgut [14]) ohne die Einwilligung des Obereigenthümers veräußern könne, oder ob er zur Vollziehung dieser Handlung den Consens desselben abwarten müsse? Schon diese Einleitung verräth die Absicht des Gesetzgebers deutlich genug. Alle vorhergehende Gesetze, welche von der Veräußerung der Emphyteusis sprechen, räumen ohne Einschränkung dem Emphyteuta diese Befugniß ein, zeichnen ihn vorzüglich durch dieses Veräußerungsrecht von dem simplen Pächter aus, und, welches besonders merkwürdig ist, erfordern nirgends zur Ausübung dieses Rechts die vorhergehende Bewilligung des Obereigenthümers. Justinian sagt es selbst ausdrücklich an einem andern Orte [15]), es solle Niemand be-

14) Die Ausdrücke meliorationes, ἐμπονήματα, ius emphyteuticum, und emphyteumata sollen nichts anders, als das Erbzinsgut andeuten, und beziehen sich darauf, daß sowohl wüste und unbebauete Plätze, als schon cultivirte Grundstücke zur Emphyteuse gegeben wurden. Justinian nennt also das urbargemachte Grundstück meliorationes, und der Beisatz vel ius emphyteuticum soll demnach in Verbindung mit dem Ausdruck meliorationes jene beiden Fälle bezeichnen wie *Ian. a* Costa in Praelect. cit. ad L. 3. Cod. de iure emphyt. pag. 370. diese Ausdrücke richtig erklärt hat.

15) §. 3. *I. de locat. conduct.* Man vergleiche auch *L.* 219. *D. de V. S. L.* 71. §. *pen. et ult. D. de legat. I.*

rechtiget seyn, weder den Emphyteuta, noch dessen Erben, noch denjenigen, an welchen sie das Grundstück verkauft, verschenkt, oder auf irgend eine Art veräußert haben, so lang, als der jährliche Canon ordentlich abgetragen wird, aus dem Gute zu vertreiben; und gesteht eben hierdurch dem emphyteutischen Gutsbesitzer eine uneingeschränkte Freiheit in Beziehung auf die Veräußerung zu. Kr. Constantin hatte sogar in einer Constitution, die Justinian als geltendes Gesetz in seinen Codex[16]) aufnahm, dem fiskalischen Erbzinsmann ausdrücklich das Recht zugestanden, das emphyteutische Grundstück ohne Auctorität des Richters zu verschenken. Es war also ehedem gar nicht die Rede davon, daß der Emphyteuta zur Veräußerung der Emphyteuse erst den Consens des Obereigenthümers nachsuchen müsse. Es schien vielmehr allen Umständen nach die übereinstimmende Meinung zu seyn, daß der Emphyteuta in Hinsicht auf das Veräußerungsrecht die Rechte eines uneingeschränkten und vollkommenen Eigenthümers habe. Ueber ein unbestrittenes Recht konnte nun also wohl kein Zweifel entstehen, der einer gesetzlichen Decision bedurft hätte; und wer aus Justinians Verordnungen weiß, daß der Kaiser nicht leicht eine Aenderung des ältern Rechts ohne große Zurüstungen und bescheidenes Selbstlob zu machen pflegt[17]), wird sich nie überzeugen, daß Justinian jene ältern Gesetze hier habe aufheben wollen, ohne auch nur ein Wort davon zu sagen. Es muß also wohl der Zweifel, den Justinian hier zu entscheiden für nöthig

16) *L.* 1. *Cod. de fund. patrimon.*

17) S. Thibaut Theorie der log. Auslegung des Röm. Rechts §. 9. a. E.

hielt, etwas Anderes zum Gegenstande gehabt haben, als die bloße Frage, ob zur Veräußerung der Emphyteusis die Einwilligung des Obereigenthümers erforderlich sey? Es ist nicht schwer, die Absicht des Gesetzgebers zu errathen. Um auf dem kürzesten Wege zum Ziel zu gelangen, so wollen wir hier die Frage vorlegen: was hat denn nun also nach der Vorschrift des Gesetzes der Emphyteuta seiner Seits gegen den Dominus zu beobachten, wenn er das emphyteutische Gut veräußern will? Justinian verordnet, daß der Emphyteuta die vorhabende Veräußerung, und wie hoch er sein Erbzinsgut an den Mann bringen könne, in Gegenwart einiger Zeugen (attestatio) dem Herrn anzeigen solle, und daß, wenn der Herr um diesen angebotenen Preis das Grundstück selbst annehmen wolle, er es ihm vor dem fremden Käufer überlassen müsse. Heißt dies etwa so viel, als bei dem Dominus um die Einwilligung zur Veräußerung ansuchen? Gewiß nicht. Veräußern kann der Emphyteuta das Gut, wie er will, und braucht nicht erst den Herrn darum zu fragen, aber wenn er, wohl gemerkt, das Gut **verkaufen** will, so soll er das, was zwischen ihm und dem dritten Käufer verhandelt worden ist, dem Herrn umständlich bekannt machen, und zwar deswegen, damit der Herr dem Emphyteuta nicht durch Schikane die Vortheile des angebotenen Kaufs vereitle. Allem Ansehen nach war also blos die Sache mit dem Einstandsrecht des Obereigenthümers vor **Justinian** nicht ganz im Reinen. Vielleicht daß dasselbe blos auf einem hergebrachten Gewohnheitsrechte beruhete, der Emphyteuta hingegen, der sein Gut, ohne dem Herrn etwas davon zu sagen, an einen Dritten verkaufte, sich, wenn er hierüber zur Rede gesetzt wurde, damit entschul-

digte, daß ihm kein Gesetz bekannt sey, welches ihm die Verbindlichkeit zur Rückfrage auferlegte, und er daher auch willkührlich und ohne einige Einrede des Obereigenthümers sein Gut verkaufen könne. Es kann auch seyn, daß selbst die Meinungen der Rechtsgelehrten über diese Frage getheilt gewesen. Genug, es ergiebt sich aus dem allen, daß die Peripherie der gesetzlichen Sanction über den Kaufcontract hinaus sich nicht erstrecke, und dieser der einzige Gegenstand der legislatorischen Bestimmung sey, andere Veräußerungsarten hingegen nach den vorliegenden Daten außer dem Gesichtspuncte des Gesetzgebers lagen, und liegen mußten. Denn nur beim Verkaufe allein tritt für den Dominus das ius protimiseos ein, weil durch diesen Contract der Verkäufer gemeiniglich ohne persönliche Rücksichten seine Sache an den Käufer überläßt [18]), und ein Dritter eben das, was der Käufer angeboten hat, an den Verkäufer entrichten kann, auch dem letztern es überhaupt ganz gleichgültig seyn muß, ob er das Pretium von diesem oder jenem erhält. Hierdurch bekommen nun auch die in dem Gesetz gebrauchten Ausdrücke *alienare*, *ius suum transferre* ihre völlige Bestimmtheit. Denn haben auch sonst diese Ausdrücke eine ausgedehntere Bedeutung, so sind sie doch hier so zu erklären, wie es der Grund des Gesetzes mit sich bringt. Da nun dem Emphyteuta blos in Rücksicht des dem Obereigenthümer zustehenden Näherrechts die vorhabende Veräußerung dem Herrn anzuzeigen zur Pflicht gemacht wird, so kann hier von keiner andern Veräußerung die Rede seyn, als vom Verkauf allein. Nicht nur der Gesetzgeber erklärt in der Folge das *alienare* selbst durch *vendere*,

18) S. Walchs Näherrecht. 1. B. 3. Hptst. 2. Abschn. §. 10.

wenn er bei Entscheidung der Frage sagt: minime licere emphyteutae meliorationes suas aliis *vendere* und nachher nochmals: licentia emphyteutae detur, ubi voluerit, et sine consensu domini meliorationes suas *vendere*; sondern es werden auch, wie Gerh. Noodt [19]) ganz richtig bemerkt, in andern Gesetzstellen [20]) die Ausdrücke *alienare* und *vendere* als gleichbedeutend gebraucht. Hieraus folgt nun, daß in allen den Fällen, wo dem Herrn kein Näherrecht zu statten kommt, jene Anzeige ganz überflüßig und zwecklos seyn würde. Sie kann daher z. B. bei der Verschenkung, oder Vertauschung, ferner bei der Bestellung des emphyteutischen Gutes zur Brautgabe, wenn es nur nicht, vermöge einer Verkaufs wegen geschehenen Schätzung, dem Ehemann eigenthümlich überlassen werden soll [21]), so wie bei solchen Veräußerungen, welche durch einen letzten Willen geschehen, nach der Meinung der meisten Rechtsgelehrten [22]) unterlassen

19) Commentar. ad Dig. Lib. XIX. Tit. 2. *Operum* Tom. II. pag. 430. §. *Haec fere*. etc.

20) *L.* 1. *C. de iure emphyt.* §. 3. *I. de locat.*

21) *L.* 3. *D. locati. L.* 10. §. 4. *L.* 69. §. 7. *D. de iure dot. L.* 5. *C. eodem.*

22) Cujacius in Recitationib. solemnib. in libros Cod. ad L. 3. C. de iure emphyt. *Io.* Corasius in Enarrat. in Tit. C. de iure emphyteut. ad L. 3. cit. pag. 269. et 279. sq. *Io.* Ferrarius in succinct. Enarrat. ad Tit. eund. eiusque L. 3. cit. Giphanius in Explanat. difficilior. LL. Cod. ad L. 3. cit. pag. 366. nr. 6. *Ian. a* Costa in Praelect. ad illustr. quosd. Titulos locaque sel. iur. civ. ad L. 3. C. de iure emphyt. pag. 370. sq. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 25. Engel Colleg. univ.

werden, ohne die Strafe der Kaducität befürchten zu dürfen. Der Einwurf, daß doch dem Erbzinsherrn wider sein Wissen kein neuer Emphyteuta obtrudirt werden dürfe, und daher demselben um deswillen jede vorhabende Veräußerung angezeigt werden müsse, ist sehr unbedeutend. Denn die Veräußerung ist entweder an einen tüchtigen Mann geschehen, oder nicht. Im ersten Falle muß der Erbzinsherr denjenigen, auf welchen der Emphyteuta das Gut übertragen hat, schlechterdings und ohne Widerrede für seinen Erbzinsmann anerkennen, und ihn in den Besitz des emphyteutischen Gutes aufnehmen. In dem letzten Falle hingegen kann er ihn verwerfen, und die an ihn geschehene Veräußerung für ungültig erklären. Hieraus folgt aber noch lange keine Nothwendigkeit, jede vorhabende Veräußerung dem Obereigenthümer zu denunciiren. Genug, wenn dem Herrn nachher angezeigt wird, daß er den neuen Emphyteuta in den Besitz des Gutes aufnehme. Daß es also hier lediglich auf das dem Herrn zustehende Vorkaufsrecht angesehen ist, und außerdem auf gar keine Anzeige oder Einwilligung desselben ankommt, sieht man

iuris canon. Lib. III. Tit. 18. nr. 20. pag. 562. *Io. Ortw.* Westenberg Princip. iur. sec. ord. Dig. h. t. §. 13. et 14. *Io. Thadd.* Müller System. Pandect. P. II. §. 686. not. d. p. 711. sq. Gmelin Erläuterung der L. 3. C. de iure emphyt. §. 82. (in den gemeinnützigen jurist. Beobachtungen. 4. B. S. 121.) Westphal Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf ꝛc. §. 1060. Hofacker Princip. iur. civ. T. II. §. 1043. Dabelow Handbuch des heutigen R. T. Privatrechts 1. Th. §. 925. Malblanc Dig. P. II. §. 416. a. E. Würth Diss. de emphyteusi. Meletem. 12. und Gebr. Overbeck Meditationen über versch. Rechtsmaterien. 2. B. Medit. 58.

noch deutlicher daraus, weil das Gesetz ausdrücklich verordnet, daß wenn der Dominus sich seines Vorkaufsrechts nicht bedient, und sich deshalb binnen der ihm gesetzten zweimonatlichen Frist nicht erklärt, der Emphyteuta nun das Gut, an wen er wolle, auch ohne Einwilligung des Erbzinsherrn, veräußern könne; und der Dominus unter diesen Umständen einen Jeden, auf den der Emphyteuta sein Gut übertragen wolle, in Besitz aufnehmen müsse, wenn nur derjenige, dem es zu Theil werden soll, ein tüchtiger Mann ist. Der Gesetzgeber betrachtet nunmehr die Sache in der Lage, wo der Herr kein Vorkaufsrecht mehr hat. Es ist also außer Zweifel, daß wenn der Herr wegen der besondern Veräußerungsart auf ein Näherrecht gar keinen Anspruch machen kann, der Emphyteuta sein Gut, ohne deswegen erst beim Erbzinsherrn anfragen zu dürfen, willkührlich an einen Jeden überlassen könne, wenn er nur dafür besorgt ist, daß das Gut an keinen untüchtigen Mann kommt. Uebrigens treten diese gesetzlichen Bestimmungen nur alsdann ein, wenn keine besondern Verabredungen zwischen dem Herrn und dem Emphyteuta hierüber getroffen worden sind. Haben sie bei dieser Sache einen andern Plan unter sich ausgemacht, so ist dieser die vorzüglichste Norm, die der Richter hierbei zu befolgen hat. Das Gesetz verweist ihn ausdrücklich hierauf in den Worten: *Si quidem emphyteuticum instrumentum super hoc casu aliquas pactiones habeat, eas observari.* So kann sich daher der Dominus ohne Zweifel seines Vorkaufsrechts begeben. Eben so kann durch Vertrag die zur Ausübung dieses Rechts festgesetzte Zeit erweitert, oder auch bisweilen noch enger zusammengezogen werden; so daß der Emphyteuta nach diesen besondern Mo-

dificationen bald früher zum wirklichen Verkauf schreiten kann, bald aber auch noch einen längern Zeitraum auf die Erklärung des Erbzinsherrn warten, und mit dem Verkaufe der Emphyteusis zurückhalten muß.

Man hat hier noch die Frage aufgeworfen, wenn ehe der Emphyteuta den Herrn von seinem Vorhaben benachrichtigen müsse, um nicht in die Strafe der Kaducität zu fallen? Muß es geschehen, ehe noch der Contract zu seiner vollkommenen Richtigkeit kam? oder ist es genug, wenn es geschahe, ehe noch der Kauf durch die Uebergabe vollzogen wurde? oder kann es wohl gar noch nachher geschehen, ehe der Herr wegen des ohne sein Wissen geschehenen Verkaufs des emphyteutischen Gutes die Privationsklage erhob? Kaum sollte man glauben, daß es möglich sey, solche höchst seltsame Fragen aufzuwerfen, wenn man das Labyrinth verworrener Ideen nicht vor Augen hätte, in welche sich die Rechtsausleger hier verwickelt haben. So unangenehm es ist, in einem solchen Labyrinth lange zu verweilen, so leicht wird es seyn, hier den Ausweg zu finden, wenn man nur dem Leitfaden folgt, den uns das Gesetz selbst an die Hand giebt. Das Gesetz sagt nun: Sed ne hac occasione accepta domini minime concedant emphyteutas suos accipere pretia meliorationum, quae invenerunt, sed eos deludant, et ex hoc commodum emphyteutae depereat; disponimus, *attestationem domino transmitti, et* PRAEDICERE, *quantum pretium ab alio revera* ACCIPI POTEST. In der That, wenn man nicht mit sehenden Augen blind seyn will, so beweist hier jedes Wort, daß die Anzeige noch v o r d e r V o l l z i e h u n g d e s C o n t r a c t s d u r c h d i e U e b e r g a b e geschehe-

hen müsse, wenn nicht die unglückliche Folge der Kaducität eintreten soll. Denn sonst hätte ja das *praedicere* gar keinen Sinn. Und dennoch konnte ein großer Leyser[23]) behaupten, der Emphyteuta könnte immer noch, seinem Rechte unbeschadet, um den Consens des Herrn nachsuchen, so lange letzter sich über die vorgenommene Veräußerung noch nicht beschwert hat. Er meint zwar, eine ohne Vorwissen des Herrn alienirte Emphyteuse werde nicht ipso iure verwirkt, sondern es müsse noch erst die Erklärung des Herrn hinzukommen, ob er dieselbe einziehen wolle. Es sey folglich noch nichts versehen, so lange der Herr sich noch nicht gemeldet hat. Allein man darf nur die Schlußworte unsers Gesetzes mit Aufmerksamkeit lesen: Sin autem aliter fuerit versatus, quam nostra constitutio disposuit, *iure emphyteutico cadat*, so wird man sich von dieser irrigen Idee hinlänglich überzeugen. Wie wankend überdem die Stütze sey, welche Leyser in dem *cap.* 4. *X. de locato cond.* zu finden glaubt, ergiebt sich aus dem, was schon bei einer andern Gelegenheit über diesen Text gesagt worden ist. Ueberhaupt aber beziehen sich die in dem *cap.* cit. befindlichen Worte: *nisi celeri satisfactione postmodum sibi consulere studuisset*, wie schon Herr von Buri[24]) gegen Leyser erinnert hat, gar nicht auf einen ohne Vorwissen des Herrn unternommenen Verkauf des emphyteutischen Guts, sondern, wie sowohl der ganze Zusammenhang, als insonderheit das Wort *satisfactio*, welches hier soviel als Bezahlung heißt, deutlich anzeigt,

23) Meditat. ad Pandect. Specim. CV. medit. 1.

24) Erläuterung des Lehnrechts. 4. Forts. S. 176. Man sehe auch Würth Diss. de emphyteusi. Meletem. XI.

auf die, zwei Jahre nacheinander, bei einer kirchlichen Emphyteuse unterlassenen Entrichtung des Zinses, wovon schon oben gehandelt worden ist. Nun erwäge man noch zuletzt, daß das dem Erbzinsherrn bei dem Verkauf des emphyteutischen Gutes zustehende ius protimiseos legitimum seinem wesentlichen Begriff nach immer eine zu verkaufende, nicht aber, wie der Retract, eine bereits veräußerte Sache zu seinem Gegenstande hat[25]), und man wird jetzt keinen Augenblick mehr daran zweifeln, daß die Anzeige des vorhabenden Verkaufs dem Herrn noch vor der Uebergabe des emphyteutischen Gutes geschehen müsse, wenn nicht der Emphyteuta in die Strafe des Gesetzes fallen will.

Ist Leyser zu nachsichtig gegen den Emphyteuta, so behandeln ihn hingegen diejenigen Rechtsgelehrten[26]) gewiß viel zu streng, welche behaupten, daß schon die perfecte Vendition, welche auch durch die Uebergabe der verkauften Sache noch nicht vollzogen ist, für den Emphyteuta die unglückliche Folge der Kaducität habe, wenn er seinen Plan dem Dominus nicht zuvor, ehe noch der Contract zu seiner vollkommenen Richtigkeit kam, angezeigt hat. Wie man diese unbillige Strenge aus dem

25) S. Walchs Näherrecht S. 12. §. 8. und S. 90. u. 93. (der 3. Aufl. Jena 1795.)

26) *Hub.* Giphanius Explanat. difficilior. LL. Cod. ad L. 3. de iure emphyt. pag. 365. *Io.* Corasius Enarrat. ad eand. L. 3. verb. *Meliorationes suos aliis vendere.* pag. 269. sq. und Gmelins angef. Erläuterung der L. 3. C. de iure emphyt. in den gemeinnützigen jurist. Beobachtungen und Rechtsfällen 4. B. §. 84. S. 125. f.

Geist des Gesetzes selbst zu rechtfertigen wagen konnte, ist mir räthselhaft. Das Gesetz verordnet, der Emphyteuta solle dem Herrn eine Attestation[27]) zuschicken, das heißt, eine durch Zeugen beglaubte Nachricht von dem geschlossenen Contract geben, und ihm dabei zu wissen thun, um welchen Preis er das Gut verkaufen kann, damit der Herr, wenn er will, sich seines Vorkaufsrechts bedienen könne. Ein solches Recht kann nicht eher gedacht werden, als wenn es gewiß ist, was für ein Kaufgeld zwischen beiden Contrahenten ausgemacht sey[28]). Es muß also der Contract unter beiden Theilen zur Richtigkeit gekommen seyn. Denn wie ist es anders möglich, dem Herrn den wahren Kaufpreis nebst den übrigen Bedingungen des Contracts vollständig anzuzeigen, die er doch wissen muß, um überlegen zu können, ob er das emphyteutische Gut unter gleichen Bedingungen für sich selbst behalten wolle, so lange der Contract unter den Partheien noch nicht zur vollkommenen Richtigkeit gekommen ist? Nun wird ja aber zur Perfection eines Kaufs weiter nichts erfordert, als daß die Contrahenten über Waare und Kaufpreis einig sind. Justinian[29]) sagt ausdrücklich: Emtio et venditio contrahitur, *simul atque de pretio convenerit:* quamvis nondum pretium numeratum sit; und eben so Ulpian[30]): *Sine pretio nulla venditio est.* Non autem

27) *Attestatio* ist soviel als denunciatio adhibitis testibus facta. S. *Io.* Corasius c. l. pag. 274.

28) S. Walchs Näherrecht S. 192. §. 5.

29) *Pr. I. de emt. et vendit.*

30) *L.* 2. §. 1. *D. de contrah. emt.*

pretii numeratio, *sed* CONVENTIO *perficit sine scriptis habitam emtionem*. Die Wahrheit liegt also in der Mitte. Das Gesetz verpflichtet den Emphyteuta, den Contract dem Herrn anzuzeigen, sobald er soweit zur Richtigkeit gekommen ist, daß der Herr, wenn er will, in denselben treten kann. Diese Anzeige muß also schlechterdings geschehen, ehe der Kauf durch die Uebergabe vollzogen ist. Die Strafe der Caducität kann folglich nur dann erst eintreten, wenn der Emphyteuta seinem Käufer ohne vorher geschehene Anzeige das Gut wirklich übergeben, und diesen in den Besitz desselben eingesetzt hat. Denn nun erst kann man sagen, es sey die Alienation [31]) ohne Vorwissen des Herrn geschehen. Dieß ist auch die durch die Praxis allgemein bestätigte Meinung der meisten Rechtsgelehrten [32]).

Noch auf einen wichtigen Punct muß ich jedoch aufmerksam machen, den das Gesetz deutlich genug ausdrückt,

31) *L*. 67. *pr*. *D*. *de Verb. Signific.* *L*. 20. *C*. *de pact*.

32) *Io*. FERRARIUS Enarrat. ad L. 3. C. de iure emphyt. pag. 350. *Elb*. LEONINUS Praelect. ad L. 3. Cod. cit. nr. 2. bei OTTO T. V. pag. 666. VOET ad Pand. h. t. §. 23. BRUNNEMANN in Comm. ad L. 3. Cod. cit. CARPZOV P. II. Const. 38. def. 13. FRANZKIUS de laudemio Cap. XIV. nr. 86. BECK Tr. de iure emphyteutico Cap. IX. §. 7. von Buri Erläuterung des Lehnrechts. 4. Forts. S. 174. AYRER Diss. de diversitate iuris emphyt. et iuris villar. Sect. I. §. 20. pag. 46. WÜRTH Diss. de emphyteusi Meletem. XI. MÜLLER Syst. Pandectar. P. II. §. 686. not. d. in fin. HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. II. §. 1059. in fin. Dabelow Handbuch 1. Th. §. 938. a. E. MALBLANC Dig. P. II. h. t. §. 417. IV. 1. pag. 171. THIBAUT System des P. R. 2. B. §. 634. GROSCURD cit. Diss. de iure emphyt. cap. V. pag. 84.

welcher aber fast ganz außer Acht gelassen wird. Das Gesetz sagt am Schluß, wenn der Emphyteuta nicht das überall beobachtet, was ihm das Gesetz vorgeschrieben hat, so soll er seines Rechts verlustig seyn. Diese Strafe trifft ihn also wegen dieser ganz unbedingten und uneingeschränkten Clausel unstreitig auch alsdann, wenn er entweder dem Herrn die wahren Bedingungen des mit dem dritten Käufer geschlossenen Contracts arglistig verheimlichte; denn gewiß nicht ohne Ursache drückt sich das Gesetz so energisch aus: *praedicere*, quantum pretium ab alio REVERA accipi potest, und gleich nachher: tantam praestare pecuniam, quantam ipse REVERA emphyteuta ab alio recipere potest; oder wenn er in einem solchen Falle, da er ohne Anzeige und Zustimmung des Erbzinsherrn veräußern kann, das Gut an einen untüchtigen Mann, oder an eine solche Person veräußert, welcher die Erwerbung eines emphyteutischen Gutes durch die Gesetze verboten ist. Die Worte: *his tamen personis, quae non solent in emphyteuticis contractibus vetari ad huiusmodi venire emtionem*, ferner ius emphyteuticum *ad personas non prohibitas*, sed *concessas et idoneas ad solvendum emphyteuticum canonem* transponere, verglichen mit jener unbedingten Schlußclausel, setzen dies außer allen Zweifel [33]).

### §. 608. (§. 607.)

### Wie kann eine Emphyteusis entstehen? Natur des emphyteutischen Contracts.

Wir sollten nun auch die Rechte und Verbindlichkeiten des Erbzinsherrn, als Obereigenthümers, kennen ler-

33) Man sehe Beck Tr. de iure emphyt. Cap. XV. §. 1. et 2. von Buri Erläuterung rc. 4. Forts. S. 252. f. und Thibaut System 2. B. §. 634. S. 71.

nen. Allein unser Verfasser handelt zuvörderst von der Erwerbung eines emphyteutischen Rechts. Eine Emphyteusis wird nun, wie jedes andere dingliche Recht, entweder

1) durch einen letzten Willen erworben. Hier geht das Recht mit dem Tode des Constituenten ipso iure auf den Legatar über, ohne daß eine Tradition erfordert wird. Oder sie entsteht

2) durch einen Vertrag. Dieser Vertrag, wodurch die Emphyteusis errichtet wird, ist ein eigner Contract, welcher der emphyteutische Contract[34]) genannt wird. Vor Zeno war es streitig, zu welcher Art von Contracten man den emphyteutischen rechnen sollte. Einige hielten ihn für eine Art von Kauf, andere für eine Art von Pacht. Denn mit beiden hat er eine Aehnlichkeit. Dem Kaufe gleicht er darin, daß der Emphyteuta durch die Tradition eine Art von Eigenthumsrecht erlangt, welches nicht nur auf seine Erben übergeht, sondern auch unter den Lebenden veräußert werden kann[35]). Mit dem Pacht hingegen hat er darin eine Aehnlichkeit, daß der Emphyteuta eine jährliche Abgabe entrichten muß,

34) *Gebh. Christ.* Bastineller Diss. de contractu emphyteuticario. *Halae* 1711. *E. I.* Schneider Diss. de contractu emphyteuticario consensualibus contractibus merito annumerando. *Argentor.* 1738. Valckenaer de vera contractus emphyteutici natura. *Trajecti ad Rhen.* 1731. und Westphal Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf, Pacht, Mieth- und Erbzinscontract. 3. Th. §. 1046. ff.

35) S. Theophili Paraphr. graec. ad §. 3. I. de locat. et conduct. Harmenopuli Epitome iuris civ. Lib. III. Tit. 4.

derjenige aber, der das emphyteutische Recht constituirt, ehemals von seinem Eigenthume das ius Quiritium behielt, jetzt aber das Obereigenthum hat[36]). Allein Kr. Zeno entschied diesen Streit, und verordnete, die Emphyteusis sollte weder ein Kauf noch Pacht, sondern ein eigner Contract seyn. Die Worte seiner Constitution lauten so: Ius emphyteuticarium neque *conductionis*, neque *alienationis* esse titulis adjiciendum, sed *hoc ius tertium esse constituimus*, *ab utriusque memoratorum contractuum societate*, *seu similitudine separatum*: *conceptionem item definitionemque habere propriam*, *et iustum esse validumque contractum*, in quo cuncta, quae inter utrasque contrahentium partes super omnibus, vel etiam fortuitis casibus, pactionibus, scriptura interveniente habitis, placuerint, firma illibataque perpetua stabilitate modis omnibus debeant custodiri. Nach dieser Constitution ist also der emphyteutische Contract ein vom Kauf und Pacht verschiedener, und eigner Consensualcontract, wodurch Jemanden ein emphyteutisches Recht an einer dazu fähigen Sache bestellet wird. Der Regel nach erfordert dieser Contract zu seiner Vollkommenheit weiter nichts, als die Einwilligung der Contrahenten. Denn Justinian[37]) zählt ihn unter die Consensualcontracte. Gleichwohl behaupten viele Rechtsgelehrten[38]), es sey zu dessen

36) §. 3. *I. de locat. cond.* von Savigny Recht des Besitzes §. 9. Nr. 5. A. I.

37) §. 3. *I. de locat. conduct.*

38) *Elb.* Leoninus in Praelect. ad Rubric. Tit. Cod. de iure emphyt. nr. 12. et ad L. 1. C. eod. nr. 3. Fachinaeus in Controvers. iuris. Lib. I. cap. 84. *Iul.* Clarus in Tr. de iure

Gültigkeit wesentlich erforderlich, daß er schriftlich errichtet werde. Allein die in der oben angeführten Constitution des K. Zeno vorkommenden Worte: pactionibus, *scriptura interveniente* habitis geben keinen bündigen Beweis für diese Meinung. Denn diese Worte sind keine verba dispositiva, sondern blos enunciativa seu relativa, wie daraus unläugbar erhellet, weil Justinian[39]) bei Anführung der Zenonianischen Constitution der Scriptur mit keinem Wort gedenkt, welches doch gewiß geschehen wäre, wenn sie zur Gültigkeit des Contracts wesentlich erfordert würde. Auch Theophilus in seiner griechischen Paraphrase der Institutionen[40]) sagt nichts davon, und in den Basiliken[41]), in welchen übrigens der Inhalt des Zenonianischen Gesetzes getreu übersetzt ist, wird ebenfalls von der Nothwendigkeit einer Scriptur nicht das mindeste erwähnt. Der Einwurf, daß ablativi absolute positi eine wesentliche Bedingung zu erkennen geben, ist unbedeutend, und beruhet auf einem Irrwahn. Oft drücken sie auch nur ein Factum aus. Und dies ist sicher hier der Fall. Denn gewöhnlich ist es freilich, daß

emphyteut. Qu. 4. *Io.* CORASIUS in Enarrat. in Tit. Cod. de iure emphyt. ad L. 1. h. t. nr. 12. pag. 210. HUNNIUS variar. Resolution. iuris civ. Lib. III. Tract. 7. Part. 2. Quaest. 11. pag. 937. CARPZOV P. II. Const. 39. Def. ult. MASCARDUS de Probationib. Conclus. DCII. *Dion.* GOTHOFREDUS ad L. 1. C. de iure emphyt. MALBLANC Dig. P. II. §. 415. THIBAUT System des P. R. 2. B. §. 633.

39) §. 3. *I. de locat. conduct.*

40) Paraphr. graec. Instit. Tom. II. pag. 686. edit. *Reitz.*

41) Tom. II. Lib. XX. Tit. 2. pag. 491.

über einen Contract, welcher, wie die Emphyteusis, erblich und auf beständig errichtet wird, eine schriftliche Urkunde verfertiget wird. Diesen gewöhnlichen Fall setzt hier der Gesetzgeber voraus. Allein daß die Scriptur zur wesentlichen Gültigkeit des emphyteutischen Contracts sey vorgeschrieben worden, ist aus der Constitution nicht zu ersehen. Die Scriptur ist also in der Regel nur zum bessern Beweise des Contracts erforderlich, und dies behaupten auch die meisten Rechtsgelehrten [42]), wenn gleich der Beweis, den sie gewöhnlich aus der *L.* 3. *C. de iure emphyt.* hernehmen, eben nicht überzeugend ist. Denn daraus, daß der Verlust der schriftlichen Urkunde den Partheien nichts schadet, wenn sonst der Inhalt bewiesen werden

42) *Io.* Ferrarius in Enarrat. ad Tit. Cod. de iure emphyt. ad L. 1. h. t. pag. 307. Giphanius in Explanat. difficilior. LL. Cod. Tit. de iure emphyt. pag. 351. sq. Cujacius in Recitat. solemnib. in Cod. Tit. de iure emphyt. pag. 235. *Ger.* Noodt Commentar. in Dig. Lib. XIX. Tit. 2. pag. 430. Voet Comment. ad Pand. h. t. §. 3. Vinnius Commentar. ad §. 3. I. de locat. et conduct. nr. 8. *Ev.* Otto in Praefat. ad Tom. V. *Thes. iur. Rom.* pag. 28. in fin. et sq. Perez Praelect. in Cod. Tit. de iure emphyt. nr. 2. Huber Praelectiones ad Institutiones Tit. de locatione §. 5. *Ios.* Finestres in Hermogenian. Tom. I. pag. 206. Beck Tr. de iure emphyt. Cap. V. §. 1. von Buri Erläuterung des Lehnrechts. 4. Forts. S. 160. f. *de* Cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 2. et ad *Eundem* Emminghaus not. f. Tom. I. pag. 519. sq. Alef Diss. de Emphyteusi Cap. IV. (in *Dieb. academ.* Diss. XIII. pag. 426. sqq.) Ayrer Diss. de diversitate iuris emphyt. Sect. I. §. 6. Bastineller Diss. de contractu emphyt. §. 19. Hofacker Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1039. Westphal vom Kauf ꝛc. §. 1056. u. a. m.

kann, folgt noch nicht, daß auch die Scriptur unterlassen werden dürfte, wenn sie wirklich zum Wesen des Contracts vorgeschrieben wäre. Eine Ausnahme findet indessen bei den Kirchengütern Statt. Hier verordnen die Gesetze ausdrücklich, daß der Contract schriftlich errichtet werde, wenn sie erbzinslich ausgethan werden sollen. In der Nov. 120. Kap. 6. §. 2. heißt es ganz deutlich: *In praedictis vero omnibus* (sc. ecclesiis, monasteriis, xenodochiis et reliquis sacris domibus) *jubemus inscribi instrumentum cum iureiurando, quod non ad laesionem aut circumscriptionem earundum res agatur.* Bei dieser deutlichen Verordnung kann der Widerspruch einiger Rechtsgelehrten [43]), welche auch nicht einmal bei einer kirchlichen Emphyteuse einen schriftlichen Contract zur Gültigkeit derselben erfordern, um so weniger in Betrachtung kommen, da auch die Praxis jene Ausnahme bestätiget [44]). Eine zweite Ausnahme machen verschiedene Rechtsgelehrten [45])

43) Leyser Meditat. ad Pand. Vol. VII. Spec. CCCCLIX. medit. 5. Mencken in Gymnas. polem. Disput. III. §. 5. Höpfner im Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 898. und Hellfeld selbst.

44) Mevius P. III. Decis. 289. *Iust. Henn.* Boehmer Iur. Eccles. Protest. Lib. III. Tit. 18. §. 12. Beck cit. Tr. Cap. V. §. 1. pag. 58. *Ge. Lud.* Boehmer Princip. iur. canon. §. 631. *Paul. Ios. a* Riegger Institut. iurisprud. eccles. P. III. §. 342. Fried. von Bülow und Theod. Hagemanns pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrs. 3. Band. Erört. XXII. §. 5. S. 155.

45) *Ian. a* Costa Praelect. ad illustr. quosd. Titulos locaq. sel. iur. civ. ad L. 1. C. de iure emphyt. pag. 359. sq. *Ge. Sam.* Madihn Diss. de vera indole agrorum vectigalium. Cap. III.

auch bei einer weltlichen Emphyteuse in dem Falle, wenn bei Errichtung derselben etwas verabredet worden, was von der Natur der Emphyteuse abweicht. Allein der Grund, daß nach der *L. 3. C. de iure emphyt.* wenn die schriftliche Urkunde verloren gegangen, die über die Emphyteuse entstehenden Streitigkeiten nach dem gemeinen Rechte entschieden werden sollen, verliert sein ganzes Gewicht, wenn man erwägt, daß dies offenbar nur auf den Fall geht, wenn der Inhalt des Instruments nicht erwiesen werden kann.

Aus den Prämissen ergiebt sich nun von selbst, daß nur bei den weltlichen Emphyteusen die Bemerkung Grund hat, welche Hellfeld am Schluß des §. 607. macht, nämlich daß der Emphyteuta nicht angehalten werden könne, einen schriftlichen Contract über die Emphyteuse gegen Erlegung eines gewissen Geldes für Schreibe- und Siegelgebühr von dem Herrn einzulösen, wofern nicht etwa eine deshalb getroffene besondere Uebereinkunft oder Herkommen ein Anders mit sich bringt[46]). Will der Herr den Erbzinsbrief dem Emphyteuta umsonst ausfertigen, oder verlangt er blos die Unterschrift des Emphyteuta zu dem aufgesetzten Contract, so ist derselbe diesem billigen Verlangen des Herrn sich zu fügen, um so mehr verbunden, da dem letztern sehr daran gelegen seyn muß, daß er den Zustand, die jährlichen Abgaben und sonstigen Prä-

§. 6. *Lud. God.* Madihn ad *Mencken* de actionib. for. Not. 844. pag. 276. und Dabelow Handbuch des R. T. Privatrechts. 2. Th. §. 1301.

46) S. *Ev.* Otto in Praefat. ad Tom. V. *Thes. iur. Rom.* p. 29. Buri Erläuterung 4. Fortſ. S. 162. folg.

standa des verliehenen Gutes wisse, auch ihm die Namen seiner Erbzinsleute bekannt seyen, damit er wegen der ihm zustehenden Rechte desto mehr gesichert sey.

Der bloße Contract giebt übrigens noch kein emphyteutisches Recht, sondern begründet nur eine Forderung. Das dingliche Recht an dem Gute, welches man dominium utile nennt, erwirbt der Emphyteuta alsdann erst, wenn ihm das Grundstück tradirt wird [47]).

Die aus dem emphyteutischen Contract entspringende Klage ist die *actio emphyteuticaria*, welche die beiden Theilen aus dem Contract obliegenden persönlichen Leistungen zum Zweck hat. Sie kann daher sowohl von dem Emphyteuta gegen den Herrn, als von dem letztern gegen den ersten angestellt werden, und ist immer eine actio directa [48]). Klagt der Emphyteuta gegen den Herrn, so wird das Gesuch darauf gerichtet, daß dem Kläger das zur Emphyteusis versprochene Grundstück mit allen von Zeit des Verzugs erhobenen, oder zu erheben gewesenen Früchten in seinen Besitz eingeräumt, auch dasjenige geleistet werde, wozu sich der Erbzinsherr noch durch besondere Verträge verpflichtet hat. Ist der Beklagte nicht im Stande, das Grundstück versprochener Maßen zu übergeben, oder ist das Grundstück dem Emphyteuten evincirt worden, so wird das Interesse gefordert [49]). Klagt hin-

47) S. Vinnius in Comm. ad §. 3. I. de locat. et cond. nr. 4.

48) Schmidt Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden §. 1006. ff. und Mencken Introduct. in doctr. de actionib. forens. pag. 274. seqq.

49) S. Madihn ad *Mencken* doctr. de actionibus for. Not. 841. pag. 275.

gegen der Erbzinsherr gegen den Emphyteuta, so wird das Gesuch darauf gerichtet, daß der Beklagte den rückständigen Canon abtrage, und überhaupt diejenigen Verbindlichkeiten erfülle, die ihm vermöge des emphyteutischen Contracts obliegen. Die Klage hat auch Statt, wenn der Herr wegen einer vorhandenen rechtmäßigen Ursache auf Wiederabtretung oder Privation des Gutes klagen will [50]. Beide Klagen gehen active und passive auf die Erben über, wenn auch gleich auf die Privation des Guts geklagt wird [51]. Denn die sogenannte Privationsklage ist keine andere, als die emphyteutikarische. Es ist ganz irrig, wenn einige [52]) die Klage, insofern sie auf Privation gerichtet wird, für eine actio vindictam spirans halten wollen, die nicht auf die Erben übergehe [53]. Daß aber auch Klagen aus Contracten auf die Aufhebung gerichtet werden können, wenn zumal der Grund in der Natur des Contracts liegt, ist zu bekannt, als daß es eines weitern Beweises bedürfte.

50) S. Schmidts angef. Lehrb. §. 1015.

51) S. Mencken Introd. in doctr. de actionib. for. pag. 279. und Schmidts Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen und Einreden. 4. Band §. 1015.

52) Beck Tr. de iure emphyt. Cap. 15. §. 17. nr. 11. et §. 18. Cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 8. Höpfner im Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 902.

53) S. Emminghaus ad *Coccejum* c. l. not. n. Tom. I. p. 523. und Thibaut System des P. R. 2. B. §. 634. S. 71. a. E. Vorzüglich aber Bach in dem Zusatz zu Bergeri Oeconom. iuris Lib. III. Tit. 5. Th. 29. Not. 2. a. p. 518. edit. *Winckler*.

Der Name actio emphyteuticaria, statt dessen mehrere, obwohl ohne hinlänglichen Grund, die Klage condictio ex lege nennen wollen[54]), findet sich zwar in den römischen Gesetzen nicht, ist aber doch an sich keinem Zweifel unterworfen, da der emphyteutische Contract unstreitig ein contractus nominatus ist[55]).

Man verwechsele jedoch mit der Contractsklage nicht die aus dem emphyteutischen Rechte entspringende Realklage, von welcher oben (S. 408.) gehandelt worden ist. Es kann auch der Herr selbst, wenn ihm das Gut auf eine oder die andere Art wieder heimgefallen ist, und solches ein Dritter in Besitz hat, wider denselben die Reivindication anstellen. Denn das Eigenthum fällt an den Herrn ipso iure zurück.

## §. 609.

### Erwerbung einer Emphyteusis durch Verjährung.

Eine Emphyteusis kann endlich 3) auch durch Verjährung entstehen. Zwar sagt Paulus[56]), praedia vectigalia könnten nicht usucapirt werden. Allein dies galt nur von der Usucapion, welche römisches Eigenthum (*dominium quiritarium*) gab. Von dem Pächter verstand sich's daher von selbst, daß er nicht usu-

54) Man sehe *Io. Iac.* Wissenbach Exercitat. ad Pandect. Disput. XVIII. §. 30. pag. 181. seq.

55) Von Buri Erläuterung 4. Forts. S. 158. und S. 159. Es ist daher unrichtig, wenn einige hier eine actionem praescriptis verbis annehmen wollen.

56) *L.* 12. §. 2. *D. de Publiciana in rem act.*

capiren konnte [57]); aber auch ein dritter Besitzer konnte den ager vectigalis gegen ihn nicht usucapiren, weil er nur ein natürliches Eigenthum hatte. Gegen ihn galt nur eine longi temporis praescriptio [58]). Allein gegen die Stadt, weil dieser das römische Eigenthum zustand, hatte die Usucapion Statt, wenn ein Dritter das Grundstück, wie jedes andere, im Eigenthum zu haben glaubte, nicht als ager vectigalis [59]). Nach dem Justinianeischen Recht, in welchem der Unterschied zwischen dominium quiritarium und bonitarium, zwischen usucapio und longi temporis praescriptio aufgehoben ist, hat es keinen Zweifel, daß eine Usucapion selbst gegen den wahren Emphyteuta gilt, wenn ein Dritter das emphyteutische Gut von einem Nichteigenthümer durch einen zur Verjährung geeigenschafteten Titel in gutem Glauben acquirirt [60]). Unstreitig kann daher auch ein emphyteutisches Recht auf einer fremden Sache gegen den wahren Eigenthümer durch Verjährung erworben werden. Ein ausdrückliches Gesetz finden wir zwar darüber in dem römischen Rechte nicht. Deswegen läßt sich aber doch nicht annehmen, als ob die Frage von Erwerbung emphyteutischer Rechte durch Verjährung bei den Römern überall nicht vorgekommen seyn sollte. Vielleicht hielten es die

57) L. 7. §. 6. *Cod. de praescript. XXX. vel XL. annor.*

58) *L.* 15. §. 26. *D. de damno inf.* Siehe oben S. 353.

59) L. 15. §. 27. *D. eodem.* S. *Iac.* Cujacii Recitat. solemn. in Cod. Tit. de iure emphyt. Princ. und von Savigny Recht des Besitzes §. 9. Nr. 5. Lit. B. Not. ult.

60) S. Voet Commentar. ad Pand. h. t. §. 4. und Malblanc Dig. P. II. h. t. §. 415.

Compilatoren des Justinianeischen Rechts nicht der Mühe werth, etwas darüber aufzunehmen, da sie selbst von der Verjährung der Servituten so wenig aufgenommen haben. Es fragt sich nun, welche Grundsätze bei der Verjährung der Emphyteusis anzuwenden sind? Man sollte fast glauben, es verstehe sich von selbst, daß dieselben Grundsätze hier angewendet werden müßten, welche in Ansehung der Verjährung des Eigenthums gelten. Denn das emphyteutische Recht ist ja, wenn gleich kein volles Eigenthum, doch ein sogenanntes dominium utile. Was also überhaupt vom dominio gilt, muß ja auch in Ansehung der Unterarten desselben Statt finden. Dies ist auch die Meinung der mehrsten Rechtsgelehrten [61]). Allein wenn gleich das Nutzungseigenthum größere Rechte giebt, als eine bloße Servitut, so läßt sich doch daraus noch nicht folgern, daß die von der sogenannten praescriptio dominii acquisitiva geltenden Grundsätze hier angewendet werden müßten. Es gehört doch die Emphyteusis unstreitig zu den, fremdes Eigenthum beschränkenden Rechten, und man kann in Rücksicht des Obereigenthümers allerdings sagen, der Emphyteuta bediene sich einer Servitut auf des erstern Sache, sofern dieser leiden muß, daß jener vermöge eines dinglichen Rechts sich die Früchte und Nutzungen des Gutes zueignet, und die übrigen Rechte ausübt, deren Inbegriff das dominium utile ausmacht. Es ist daher weit natür-

61) *Io. Fried.* Boeckelmann Commentar. in Dig. h. t. §. 9. pag. 269. Lauterbach Colleg. theor. pract. Pand. h. t. §. 15. Ayrer Diss. de diversitate iuris emphyt. et iur. villar. Sect. I. §. 7. Hofacker Princip. iuris civ. Tom. II. §. 1040. Höpfner im Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 896. a. E. u. a. m.

licher, wenn man hier die Grundsätze von der Verjährung der Servituten zur Anwendung bringt, und diese Meinung hat auch die Auctorität berühmter Rechtsgelehrten für sich[62]). Ganz irrig hingegen ist es, wenn einige Rechtsgelehrten[63]) aus einer falsch verstandenen Anastasianischen Constitution in der *L.* 14. *Cod. de fundis patrimon.* den Satz aufgestellet haben, daß Emphyteusen erst in 40 Jahren durch Verjährung erworben werden könnten. Denn das Gesetz sichert blos dem Besitzer eines fundi patrimonialis, der 40 Jahre das Grundstück mit oder ohne Titel ruhig besessen, Schutz und Erhaltung bei fernerm Besitze und den Rechten zu, mit welchen er es bisher besessen hat. Durch den bloßen Ablauf von 40 Jahren sollen die Ansprüche aller derer, welchen die fundi patrimoniales gehören, aufgehoben seyn, und alles soll in statu quo bleiben. Es ist also hier von keiner erwerbenden, sondern blos erlöschenden Verjährung die Rede, wie daraus erhellet, weil die der erwerbenden Verjährung eigenen Erfordernisse eines iusti tituli und der bona fides hier nicht in Betrachtung kommen, und vollends die Worte: ita ut omnibus ad excludendam omnem quolibet modo ex publico movendam quaestionem nuda ex quo-

62) Voet Comm. h. t. §. 4. de Cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 5. Emminghaus ad *Eundem* not. k. Beck Tr. de iure emphyt. Cap. IV. §. 3. Rave Princ. doctr. de praescriptione §. 41. Thibaut über Besitz und Verjährung. 2. Th. §. 35. S. 107. und Dabelow über die Verjährung. 1. Th. §. 63. S. 299. und §. 96. Nr. 3. S. 436. ff.

63) *Io.* Ferrarius ad Tit. Cod. de iure emphyt. in Praefat. pag. 302. sq. *Friedr. Gottl.* Zoller in Diss. de diverso praescriptionis iuris civ. effectu. *Lipsiae* 1753. §. 12. u. a. m.

cunque titulo, vel etiam sine titulo corporalis quadraginta annorum iugis possessionis exceptio possit sufficere, außer Zweifel setzen[64]). Ueberdem redet das Gesetz gar nicht von Emphyteusen, sondern von *fundis patrimonialibus*, d. i. von Kammer- und Domainengütern, bei welchen, der Verjährung ungeachtet, die öffentlichen Abgaben dennoch bleiben sollen[65]).

Durch Verjährung kann nun eine Emphyteuse auf verschiedene Art entstehen.

1) Wenn mir ein Nichteigenthümer ein emphyteutisches Recht auf einer fremden Sache constituirt, und ich dasselbe **10** Jahre inter praesentes, oder **20** Jahre inter absentes, in gutem Glauben ausgeübt habe. Die Wissenschaft desjenigen, gegen den präscribirt werden soll, ist hier nicht erforderlich[66]), außer in dem Falle, wenn ein Besitzer in bösem Glauben das emphyteutische Recht constituirt hat. Denn nach der Novelle **119**. Kap. **7**., woraus die *Auth.* Malae fidei *Cod. de praescript. longi tempor.* genommen ist, soll derjenige, der eine Sache, ohne Unterschied, sie sey körperlich oder unkörperlich, von einem unredlichen Besitzer in gutem Glauben an sich ge-

64) S. Dabelow über die Verjährung 1. Th. §. 61. S. 295. §. 63. §. 66. S. 310.

65) S. Westphals System des Röm. Rechts über die Arten der Sachen rc. §. 762. S. 579. folg.

66) *L. ult. Cod. de praescript. longi tempor.* in fin. — *nulla scientia* vel ignorantia *exspectanda*, ne altera dubitationis inextricabilis oriatur occasio. *Eodem observando, etsi res non soli sint, sed incorporales, quae in iure consistunt, veluti ususfructus et caeterae servitutes.*

bracht hat, gegen den Eigenthümer nur dann, wenn dieser sowohl sein Recht, als die geschehene Veräußerung wußte, in 10 oder 20 Jahren, im entgegengesetzten Falle aber erst in 30 Jahren, verjähren [67]).

2) Wenn ich mit Vorwissen und ohne Widerspruch des wahren Eigenthümers ein ihm gehöriges wüstes Gut urbar mache, solches 10 Jahre lang besitze, und den Canon davon alle Jahr bezahlt habe. Denn nach dem römischen Rechte kann man auch eine Servitut durch die Verjährung erwerben, wenn man sie mit Wissen des Eigenthümers auf seiner Sache 10 Jahre lang in gutem Glauben ausgeübt hat [68]). Hier ist kein gerechter Titel zur Verjährung nach dem römischen Rechte erforderlich [69]). Ganz unrichtig ist es daher, wenn einige [70]) hier einen Zeitraum von 30 Jahren erfordern. Nach dem canonischen Rechte [71]) hingegen ist die bona fides allein nicht

67) Lauterbach in Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 15. Thibaut über Besitz und Verjährung. 2. Th. §. 36. S. 110. und Dabelow a. a. O. §. 58. S. 277. f.

68) *L. 10. D. Si servit. vindic. L. 2. C. de Servitut. L. 11. §. 1. D. de public. in rem. act.*

69) Vinnius selectar. iuris quaest. Lib. I. cap. 31. *Carl Wilh.* Walch Diss. de praescriptione servitutum constitutiva. (*Ienae* 1797.) §. 13—16. Thibaut a. a. O. S. 110. Not. 2.

70) Lauterbach in Colleg. Pand. c. l. Höpfner im Commentar. §. 896. S. 952. Hofacker Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1040. nr. II. Müller Syst. Pand. P. II. §. 684.

71) *Cap. 1. de praescript. in 6to.* — Ubi tamen est ius commune contrarium, vel habetur praesumtio contra ipsum,

hinreichend, wenn man ein Recht auf einer fremden Sache durch Präscription erwerben will. Der gerechte Titel wird zur ordentlichen Verjährung so nothwendig erfordert, daß der Mangel desselben nur durch unvordenkliche Verjährung ergänzt werden kann[72]).

3) Wenn ich meine eigne Sache blos in der Eigenschaft als Emphyteuse besessen, und ein Anderer, der sich die Rechte des Obereigenthums daran in gutem Glauben anmaßte, den jährlichen Canon seit **10** Jahren angenommen hat[73]). So nach der Analogie des römischen Rechts. Nach dem canonischen Rechte hingegen würde auch hier eine unvordenkliche Verjährung erforderlich seyn, wenn das Obereigenthum durch keinen gerechten Titel erworben worden ist.

Es entsteht hier noch die Frage, ob und wenn eher Kirchenemphyteusen durch Verjährung erworben werden können? Die meisten Rechtsgelehrten[74]) stimmen darin mit einander überein, daß solche Emphyteusen binnen

*bona fides* non sufficit, sed est *necessarius titulus*, qui possessori causam tribuat praescribendi: *nisi tanti temporis allegetur praescriptio, cuius contrarii memoria non existat*.

72) Thibaut a. a. O. S. 111. und Groscurd Comm. de iure emphyt. Cap. 4. pag. 77.

73) Voet h. t. §. 4. Struv Synt. iur. civ. Exerc. XI. Th. 64. und Malblanc Dig. P. II. h. t. §. 415. nr. III.

74) Beck de iure emphyt. Cap. IV. §. 3. pag. 50. de Cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 5. Rave Princip. doctr. de praescriptione §. 42. et §. 45. *Ge. Fried.* Jaeger Diss. de emphyteusi salinaria. Sect. I. §. 4. pag. 9. u. a. m.

40 Jahren durch Verjährung erworben würden. Nur Mevius[75]) ist anderer Meinung, weil bei den Kirchenemphyteusen eine Scriptur zur gültigen Constitution derselben gesetzlich vorgeschrieben sey, mithin der Mangel derselben durch keine Verjährung ergänzt werden könne. Allein mit Recht hat Leyser[76]) dagegen erinnert, daß ja Kirchengüter überhaupt durch eine vierzigjährige Präscription erworben werden können[77]), ohnerachtet bei deren Veräußerung die gesetzlich vorgeschriebene Form bei Strafe der Nichtigkeit zu beobachten ist. Es läßt sich also von der Nothwendigkeit der Scriptur bei Errichtung einer Kirchenemphyteuse auf die Unstatthaftigkeit einer Erwerbung derselben durch Verjährung kein gültiger Schluß machen. Man sieht dies auch noch deutlicher daraus, weil

75) Decision. P. III. Decis. 289.

76) Meditat. ad Pand. Vol. VII. Specim. CCCCLIX. me dit. 5.

77) *Nov. CXI.* u. *Nov. CXXXI. cap.* 6. *Can.* 2. *et* 3. *Caus XVI. Quaest.* 4. *Cap.* 6. *et* 8. *X. de praescript.* In einigen Canonen des Gratianischen Decrets geschieht zwar der dreißigjährigen Präscription gegen die Kirche Erwähnung als *Can.* 3. 4. 6. *et* 10. *Caus. XVI. Qu.* 3. Allein diese sind aus spanischen und gallischen Concilien genommen wo auch noch nach Justinian der Theodosianische Codex galt, wie *Franc.* Florens in Operib. iurid. ab *Ignat Christ.* Lorber *a* Störchen edit. Tom. I. pag. 326. und Tom. II. pag. 73. und *Car. Sebast.* Berardus in Gratiani canones Part. I. pag. 190. (edit. *Venet.* 1777. 4.) bemerkt haben. Das *Cap.* 3. *X. de praescript.* hingegen ist nicht dem Pabst Gregor, dessen Name in der Ueberschrift steht, sondern richtiger dem Pabst Gelasius zuzueignen, zu dessen Zeiten noch die dreißigjährige Verjährung bei Kirchengütern Statt hatte, wie *I. H.* Boehmer ad cap. cit. 3. Not. 28. gezeig hat.

bei Grundstücken, die von landesherrlichen und kirchlichen Colonisten oder Emphyteuten widerrechtlicher Weise, und ohne Beobachtung der gesetzlichen Form veräußert worden sind, nur namentlich die **longi temporis praescriptio** ausgeschloßen ist[78]).

## §. 610.

### Rechte des Erbzinsherrn, als Obereigenthümers.

Dem Erbzinsherrn steht nun das Obereigenthum an dem emphyteutischen Gute zu, und wir müssen also auch noch die darin enthaltenen Rechte kennen lernen. Der dominus directus hat nämlich vermöge seines Obereigenthums

I. das Recht, den Emphyteuta von jeder seinem Obereigenthume schädlichen, und mit der Natur der Emphyteusis nicht bestehenden Disposition über das emphyteutische Gut abzuhalten[79]). Es ist

II. in dem Obereigenthume das Recht enthalten, die Emphyteusis von jedem Dritten, der sich dieselbe mit Unrecht anmaßt zu vindiciren[80]). Er kann

78) *L. 2. Cod. Ne rei dominicae vel templor. vindicatio. temporis praescript. submoveatur.* Westphal System des Röm. Rechts über die Arten der Sachen §. 750. und Dabelow über die Verjährung 1. Th. §. 62. u. §. 67.

79) Dabelow Handbuch des heutigen R. T. Privatrechts 1. Th. §. 927.

80) *L. 1. §. 1. D. h. t.*

III. das Obereigenthum selbst, jedoch den Rechten des Emphyteuta unbeschadet, sowohl unter den Lebenden, als auf den Todesfall, veräußern[81]).

IV. Er hat das Recht, den jährlichen Canon zu erheben.

V. Das Recht, das emphyteutische Gut in den Fällen einzuziehen, wo die Gesetze den Verlust desselben verordnet haben.

VI. Beim Verkauf des Gutes steht ihm das Recht des Vorkaufs zu (§. 607.).

VII. Das Consolidationsrecht, wenn der Emphyteuta unbeerbt verstirbt.

VIII. Das Recht in Veräußerungsfällen die Lehnwaare zu fordern.

## §. 611.

Begriff der Lehnwaare (*Laudemium*). Wer muß das Handlohn geben, der bisherige, oder der neue Emphyteuta?

Um sich von dem Rechte des Erbzinsherrn, in Veräußerungsfällen eine gewisse Abgabe oder Belohnung zu fordern, welche jetzt unter dem Namen eines *Laudemium*, od. Lehnwaare, oder Handlohns bekannt ist, einen desto richtigern Begriff zu machen, ist es nöthig, die davon sprechende Gesetzstelle zuvörderst näher kennen zu lernen. Justinian ertheilt dieses Recht dem Erbzinsherrn in der *L. 3. C. de iure emphyt*, wenn gleich kein eigener Name daselbst bestimmt ist. Nachdem nämlich der Gesetzgeber in dieser schon oben (§. 607.) größtentheils erklärten Verordnung bestimmt hatte, was der Emphyteuta von

81) Hofacker Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1046.

seiner Seite zu beobachten habe, wenn er sein Gut verkaufen will, und wozu er berechtiget seyn solle, wenn sich der Erbzinsherr seines Vorkaufsrechts nicht bedient; setzt der Gesetzgeber auch zugleich fest, wozu der Erbzinsherr seiner Seits theils verflichtet seyn, theils was er zu fordern befugt seyn solle. **Necessitatem autem habere dominos,** sagt er, **si aliis melioratio secundum praefatum modum vendita sit, accipere emphyteutam; vel si ius emphyteuticum ad personas non prohibitas, sed concessas et idoneas ad solvendum emphyteuticum canonem transponere emphyteuta maluerit: non contradicere, sed novum emphyteutam in possessionem suscipere, non per conductorem vel per procuratorem, sed ipsos dominos per se, vel per litteras suas, vel (si hoc non potuerint, vel noluerint) per depositionem in hac quidem civitate apud virum clarissimum, magistrum censuum, vel praesentibus, tabulariis per attestationem, in provinciis autem per praesides vel defensores celebrandam.** Nach diesen Worten des Gesetzes soll also der Herr den Käufer, und überhaupt denjenigen, auf welchen der Emphyteuta das Gut übertrageu hat, wenn dieser nur ein tüchtiger Mann ist, schlechterdings und ohne Widerrede für seinen Erbzinsmann anerkennen, und den neuen Emphyteuta in den Besitz des Guts aufnehmen, und zwar nicht durch einen Bevollmächtigten, sondern in eigner Person, entweder mittelst einer besonders hierüber gefertigten Urkunde, oder wenn er's für zuträglicher hält, durch eine feierliche hierauf sich beziehende Erklärung vor Gericht, oder vor Notarien. Diese feierliche Handlung, wodurch der neue Emphyteuta in den vollkommenen Besitz der Emphyteusis, und der damit verbundenen Rechte einge-

setzt wird, vertritt also gleichsam die Stelle einer Belehnung. Nun fährt der Gesetzgeber fort: *Et ne avaritia tenti domini magnam molem pecuniarum propter hoc efflagitent* (quod usque ad praesens tempus praestari cognovimus) *non amplius eis liceat pro subscriptione sua vel depositione, nisi quinquagesimam partem pretii, vel aestimationis loci, qui ad aliam personam transfertur, accipere.* Es entstehen hier zweierlei Fragen:

1) Ob nach diesem Gesetz das Recht des Herrn, ein Laudemium zu fordern, blos auf den Fall allein einzuschränken sey, wenn die Emphyteusis verkauft worden ist? Huber[82]) und Brokes[83]) scheinen es wirklich blos auf diesen Fall einzuschränken. Allein wenn gleich das Gesetz insofern blos vom Verkauf des emphyteutischen Gutes spricht, als dem Erbzinsherrn dabei das Vorkaufsrecht eingeräumt wird; so läßt sich doch aus demselben sehr leicht beweisen, daß es in Rücksicht der Laudemialforderung des Erbzinsherrn über alle übrigen Veräußerungsarten sich ausbreite[84]). Denn nach den oben angeführten Worten des Gesetzes soll sich die Quantität des Laudemiums nach dem pretium oder der aestimatio des Gutes richten. Nun

82) Praelect. ad Pand. h. t. §. 12.

83) Diss. de herede fundi laudemialis in divisione hereditatis a laudemio non simplicitr immuni. §. 4.

84) Man sehe hier *Iac.* Cujacii Recitat. solemn. in Cod. ad L. 3. C. de iur. emphyt. in fin. *Io.* Corasii Enarrat. in Tit. Cod. de iur. emphyt. ad L. 3. cit. *Io.* Voet Commentar. ad Pand. h. t. §. 26. und Gmelins Erläuterung der L. 3. C. de iure emphyt. in den gemeinnütz. jurist. Beobachtungen und Rechtsfällen 4. B. §. 88.

bezieht sich das pretium unstreitig auf den Fall einer Vendition, so wie hingegen die aestimatio auf die übrigen Veräußerungsarten. Denn nur beim Verkauf kommt ein pretium vor. Dieses ist als der wahre Werth der Sache zu betrachten, welcher nicht erst untersucht werden darf. Bei andern Veräußerungsarten hingegen, wo kein solches pretium durch die Convention bestimmt wird, muß dieser Werth erst ausgemittelt, und das Grundstück gehörig taxirt werden. Es kann also hier das Laudemium, das nach der Absicht des Gesetzgebers mit dem Werth der Sache immer im Verhältniß stehen soll, auf keine andere Art, als durch die Aestimation der Emphyteusis in Richtigkeit gebracht werden.

2) Fragt sich's, von wem nach dem angeführten Gesetz das Laudemium bezahlt werden müsse, ob von dem Veräußernden, oder dem neuen Emphyteuta? von Buri[85]) sucht zu beweisen, daß nach dem Geist des Gesetzes eigentlich der bisherige Emphyteuta die Lehnwaare bezahlen müsse. Seine Gründe sind, 1) weil ein Theil des Kaufgeldes dem Herrn gegeben werden solle, nun erhalte der Verkäufer das Kaufgeld; also könne auch eigentlich nur dieser einen Theil davon geben. 2) Betreffe die ganze Verordnung der L. 3. die Pflicht des Verkäufers, wie nämlich sich derselbe bei der Veräußerung der Emphyteuse gegen den Herrn verhalten soll. Justinian habe also nur diesem, nicht aber dem Käufer eine Vorschrift geben wollen. Da-

85) Erläuterung des Lehnrechts. 4. Forts. S. 191. ff. Dieser Meinung stimmen auch Ayrer in Diss. de divers. iuris emphyt. Sect 1. §. 9. und Thibaut im Syst. des P. R. 2. B. §. 632. S. 69. bei.

her heiße es 3) am Schluß des Gesetzes, wenn der Verkäufer die gesetzlichen Vorschriften, wohin denn auch die Bezahlung der Lehnwaare zu rechnen sey, bei seinen Alienationen nicht befolge, so solle er seiner Emphyteuse verlustig seyn. Diese Strafe könne aber den Käufer nicht treffen, als welchem in dem ganzen Gesetz keine Pflicht vorgeschrieben sey. Allein die gemeine Meinung, daß das Laudemium von dem neuen Emphyteuta, für seine Aufnahme in den Besitz des emphyteutischen Gutes, entrichtet werden müsse, ist dennoch dem Gesetz gemäßer. Denn Justinian sagt ja a) ausdrücklich, der Erbzinsherr erhalte diese Belohnung pro subscriptione sua, vel depositione. Worin nun diese subscriptio oder depositio besteht, wird unmittelbar vorher gesagt, und bezieht sich auf die Feierlichkeit der Aufnahme des neuen Emphyteuta. b) Der bisherige Emphyteuta hat, wie oben gezeigt worden, nicht nöthig, bei dem Dominus um die Einwilligung zur Veräußerung nachzusuchen, wofür sollte er also dem Herrn eine Belohnung geben? c) Sagt das Gesetz mit keinem Worte, daß das Laudemium vom Kaufgelde gegeben werden solle, sondern es soll nur die Größe desselben nach dem Werthe des Gutes bestimmt werden; und da der Gesetzgeber d) blos zur Absicht hatte, der Habsucht des Herrn in Rücksicht dieser Forderung Schranken zu setzen, ohne dabei etwas von der Pflicht des neuen Erwerbers des emphyteutischen Gutes zu erwähnen, so kann die Schlußclausel, die sich blos auf den Verkäufer bezieht, um so weniger auf den Fall der nicht gehörigen Entrichtung des Laudemiums erstreckt werden, je weniger bei dem neuen Emphyteuta die Strafe der Privation nöthig oder zweckmäßig zu seyn schien, da ihn der Herr weit leichter

als den vorigen Besitzer belangen kann[86]). Nach heutigem Rechte hat es vollends keinen Zweifel, daß die Lehnwaare von dem neuen Erwerber des emphyteutischen Gutes bezahlt werden muß. Denn darin sind jetzt alle Rechtsgelehrten einverstanden, daß heutigen Tages die Lehnwaare für die Aufnahme des neuen Emphyteuta in den Besitz des emphyteutischen Gutes, und also gleichsam für die Belehnung desselben gegeben werde[87]). Das sogenannte *Laudemium*, Lehnwaare, Handlohn, Lehngeld, Abschoß, Anfall, Ehrschatz, Anleidt, und wie es sonst nach dem Unterschiede der teutschen Provinzen pflegt genannt zu werden, ist nun also diejenige Abgabe, welche in einer, dem Werthe des Guts proportionirlichen Summe, dem Obereigenthumsherrn von dem neuen Erwerber der Emphyteuse für die Aufnahme in den Besitz entrichtet wird.

86) Mit mir stimmen Voet in Comm. h. t. §. 26. *Io.* Schilter Diss. de bonis laudemialibus. (*Argentorati* 1690.) §. 4. Westphal Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf ꝛc. §. 1060. Groscurd Comment. de iure emphyt. Cap. 2. pag. 55. et 56. Malblanc Dig. P. II. §. 416. und überhaupt die meisten Rechtsgelehrten überein.

87) S. *Ge.* Frantzkius in Tr. de laudemiis. Cap. 2. Carpzov P. II. Constit. 39. Def. 33. Wernher Observat. for. Tom. I. P. 5. Obs. 96. T. II. P. 6. Obs. 456. Ayrer Diss. cit. §. 9. pag. 19. Hofacker Princip. iur. civ. T. II. §. 1049. Joh. Christ. Konrad Schröters Abhandlung von der Lehnwaare 3. Th. §. 138. Dabelow Handbuch des heut. R. T. Privatrechts. 1. Th. §. 929. *Rud. Christph.* Henne Diss. de laudemio censuali (*Erfordiae* 1770.) §. 3.

Ueber die Abstammung des Worts *Laudemium*, welches bekanntermaßen nicht römischen Ursprungs, sondern ein Product der barbarischen Latinität des Mittelalters ist, sind die Gelehrten sehr verschiedener Meinung. Die meisten[88]) leiten es von *laudare* her, welches in der alten Urkundensprache soviel als einwilligen heißt, so wie das Wort *laus* in dieser Bedeutung für Einwilligung genommen wird[89]). Allein dagegen hat Herr von Buri[90]) die sehr gegründete Erinnerung gemacht, daß in dieser Ableitung kein Begriff von einer gewissen Abgabe liege. Richtiger ist daher ohne Zweifel diejenige Etymologie, nach welcher das Wort *Laudemium* von dem alten teutschen Worte Lot, Lod, oder Looth hergeleitet wird, worunter sich unsere Vorfahren einen Lohn oder Vergeltung, oder Abgabe dachten[91]). Auch in der französischen

88) *Io.* Corasius Enarrat. ad L. 3. C. h. t. nr. 22. *Io.* Ferrarius Enarrat. ad eand. L. 3. pag. 379. *Ge.* Frantzkius cit. Tract. Cap. I. nr. 3. sqq. Pufendorf Observat. iur. univ. T. III. Obs. 34. Henne cit. Diss. §. 1. Hofacker Tom. II. §. 1049. not. b. u. a. m.

89) Z. B. in einer Urkunde vom J. 1125. bei Guichenonius in Biblioth. Sebus. Centur. I. nr. 10. pag. 46. edit. *Hoffmann.* und in einer andern vom J. 1174. bei Columbus, welchen Du Fresne in Glossar. mediae et inf. latinitat. v. *Laus.* citirt.

90) Erläuterung des T. Lehnrechts 4. Forts. S. 188.

91) S. Wachter Glossar. german. v. *Lot.* pag. 998. Daher zeigen die Worte *Lods et ventes* im Französischen, und *Scot and lot* im Englischen noch jetzt eine Schätzung und Abgabe an, und in der Schweitz hat das Wort *Lod* oder *Lot* die nämliche Bedeutung. Die hierher gehörigen Beweisstellen hat von Buri a. a. O. S. 188. u. f. Man vergleiche auch *Denis de* Sal-

Sprache bedeutet *Lause* eine Abgabe [92]). Daher wird *Laus* in den Urkunden des Mittelalters diejenige Abgabe genannt, welche beim Verkaufe eines Gutes der Käufer dem Herrn bezahlen muß [93]); und darnach bildete denn der Sprachgebrauch des Mittelalters auch aller Wahrscheinlichkeit nach das Wort *laudemium* [94]).

Die Benennung der Lehnwaare wird auch auf verschiedene Art derivirt. Nach einigen soll sie von Gewähr, oder dem alten teutschen Worte Geweri herkommen, welches soviel als Einsetzung oder Einführung bedeutet [95]).

VAING *de* BOISSIEU de l'Usage des Fiess. (*Grenoble* 1668. f.) Chap. 79. pag. 936.

92) DU FRESNE Glossar. v. *Lause*.

93) Z. E. in der *Tab. S. Theofredi in Velavis de a.* 1159. bei DU FRESNE v. *Laus* heißt es: Item si alii donent vel vendant, iam dictus Abbas vel successores eius *pro laude et vendis* inde exigunt.

94) Außer Buri stimmen hierin überein Phil. Wilh. Gerken in den vermischten Abhandlungen aus dem Lehn- und deutschen Rechte 2. Th. Abh. 4. S. 91. Chr. Ulr. Grupen in der Abhandlung von den formulis for. Lot und Schot, Lods, Laude, *laudemio*, in den Hannövrischen Beiträgen zum Nutzen und Vergnügen v. J. 1760. Nr. 29. u. 30. Joh. Heinr. Eberhard in den Betrachtungen über die Laudemien. (Wittenberg und Zerbst 1771. 8.) 1. Abschn. §. 3. und Schröter von der Lehnwaare 1. Kap. §. 2. u. 3.

95) *Guil. God.* LEIBNITZ Collectan. etymologic. (*Hannoverae* 1717. 8.) P. II. pag. 407. Eberhard in den angef. Betrachtungen §. 3. S. 16.

Nach andern aber soll es von dem alten Worte *Vara* abstammen, welches eine Schätzung anzeigt[96]).

## §. 612.

### Größe des Laudemiums.

Für die Aufnahme des neuen Emphyteuta in die Possession des Guts kann der Herr nach dem römischen Recht den fünfzigsten Theil des bedungenen Preises, und also zwei von jedem hundert, wenn die Emphyteusis verkauft worden ist, als ein Laudemium verlangen. Ist das emphyteutische Gut durch ein anderes Geschäft veräußert worden, z. B. durch Schenkung, oder Vermächtniß, so muß das Gut durch vereidete Sachverständige taxirt, und nach dem Verhältniß dieses Werths die Größe des Laudemiums bestimmt werden. Jedoch soll es auch hier nach der Vorschrift des Gesetzes nicht höher als bis auf den fünfzigsten Theil von dem taxirten Werth hinaufgetrieben werden[97]).

96) *Io. Christ.* Pesler Progr. de origine vocis *Lehnwaare.* (Francof. ad Viadr. 1750.) und Schröters angef. Abh. von der Lehnwaare §. 1. S. 2.

97) *L.* 3. *C. de iure emphyt.* Zwar meint Berger in Elect. Disceptat. for. pag. 1325. das Laudemium müsse hier nach derjenigen Summe bestimmt werden, wofür das Gut das letztemal wäre verkauft worden. Allein das angeführte Gesetz sagt ausdrücklich, das Gut solle taxirt werden. Berger hat seine Meinung nachher in Oecon. iur. Lib. lll. Tit. 5. Th. 28. nr. 10. selbst wieder geändert. In der Praxis ist es gar keinem Zweifel unterworfen, daß in allen den Fällen, wo außer dem Kauf die Emphyteusis veräußert wird, das Gut nach seinem gegenwärtigen Werth geschätzt werden müsse. S. Leyser Meditat.

Es entsteht hierbei die Frage, ob nicht durch Vertrag eine größere Summe, als zwei von hundert, ausbedungen werden könne? Es scheint, daß diese Frage zu verneinen sey, weil das Gesetz ausdrücklich sagt, daß dem Herrn nicht mehr, als der fünfzigste Theil des bedungenen Preises, oder des taxirten Werths zu nehmen erlaubt seyn solle. Non amplius eis LICEAT, heißt es in der *L. 3. C. de iure emphyt.* pro subscriptione sua vel depositione *nisi quinquagesimam partem pretii vel aestimationis — accipere.* Nach diesen Worten sollte man also fast glauben, daß hier ein klares Verbot des Gesetzes vorhanden sey. Erwägt man überdem die Absicht des Gesetzgebers, welche nämlich dahin geht, der Habsucht des Herrn Schranken zu setzen, so sollte man vollends im mindesten nicht daran zweifeln, daß dieses Verbot durch keinen Vertrag aufgehoben werden dürfe, weil dadurch die ganze Absicht des Gesetzgebers vereitelt werden würde. Alles dessen ungeachtet kann man dennoch die aufgeworfene Frage zu Gunsten des Erbzinsherrn bejahen. Daß das Gesetz die Bestimmung des Laudemiums durch Vertrag nicht hat ausschließen wollen, erhellet ganz deutlich daraus, weil das Gesetz ausdrücklich sagt, daß in Veräußerungsfällen die besondern Verabredungen der Interessenten vor allen Dingen zur Norm dienen sollen. Sancimus, sagt der Gesetzgeber, *siquidem emphyteuticum instrumentum super hoc casu aliquas pactiones*

ad Pand. Vol. II. Specim. CIV. medit 7. WERNHER Observat. for. Tom. II. P. IX. Obs. 92. von Buri Erläuterung 4. Fortſ. S. 212. und KIND Quaestion. for. Tom. I. cap. 19. Wie bei der Schätzung des Guts zu verfahren sey, und was dabei beobachtet werden müsse, zeigt Schröter in der Abh. von der Lehnwaare §. 174.

*habeat*, eas observari. Unläugbar findet also die gesetzliche Vorschrift nur in dem Falle ihre Anwendung, wenn keine andern Bestimmungen hierüber vorliegen. Hiermit hebt sich erstens der Einwurf, daß durch Verträge einem gesetzlichen Verbote nicht derogirt werden darf. Hierzu kommt aber noch zweitens, daß der Zweck des gesetzlichen Verbots nicht ist, dem Emphyteuta zu verwehren, sich gutwillig zu einer größern Summe anheischig zu machen, sondern die wahre Absicht des Gesetzgebers geht vielmehr dahin, zu verhüten, daß die Größe des Laudemiums nicht blos von der Willkühr und Habsucht des Herrn abhänge[98]).

Heut zu Tage ist die Größe des Laudemiums gewöhnlich durch Herkommen oder Landesgesetze bestimmt. Daher ist sie in Teutschland sehr verschieden[99]). Es ist indessen außer Zweifel, daß in Ermangelung solcher besonderer Bestimmungsnormen auch heut zu Tage das römische Recht zu Hülfe genommen werden müsse[100]).

Hat der Herr einen gegründeten Verdacht, daß der Käufer eine geringere Kaufsumme angegeben habe, um die dem Herrn gebührende Lehnwaare zu schmälern, so kann

98) S. von Buri Erläuterung des T. Lehnrechts. 4. Forts. S. 193. f. und Müller Syst. Pandect. P. II. §. 687. not. e.

99) S. Schröters angef. Abhandl. §. 176. ff.

100) Frantzkius de laudemiis Cap. 23. Beck Tr. de iure emphyt. Cap. XI. §. 30. Schröter a. a. O. §. 170. und Dabelow Handbuch des heutigen R. T. Privatrechts. 1. Th. §. 932.

ihm der Herr den Eid darüber zuschieben[1]). Sollte jedoch die Eidesdelation bedenklich seyn, so kann er mit Recht die Eruirung des wahren Werths durch Schätzung verlangen[2]), welches auch in dem Falle Statt findet, wenn der vorige Emphyteuta das Gut aus Freundschaft oder Freigebigkeit unter dem wahren Werth verkauft hätte[3]). Man hat hierbei die Frage aufgeworfen, ob der neue Emphyteuta sich dadurch seines Rechts verlustig gemacht habe, wenn er wirklich eine geringere Kaufsumme angegeben haben sollte, um den Herrn wegen des Laudemiums zu hintergehen? Verschiedene Rechtsgelehrte[4]) tragen kein Bedenken, dieselbe zu bejahen, weil sich der Verkäufer seines Rechts verlustig mache, wenn er arglistig eine größere Kaufsumme angegeben, als ihm der Käufer geboten hat, um dadurch den Herrn von der Ausübung seines Näherrechts abzuhalten. Allein es läßt sich hier nicht von einem Falle auf den andern schließen. Bei dem Verkäufer ist ein Gesetz vorhanden, welches seine Pflichten bei der Veräußerung des emphyteutischen Gutes bestimmt, und mit deren Verletzung die Strafe der Privation verknüpft hat. Allein bei dem Käufer fehlt es schlechterdings an

1) S. Becks rechtl. Abhandl. von Nachsteuer und Handlohn. (Altdorf 1725. 4.) Kap. 15. Obs. XIII. Hommel Rhapsod. quaest. for. Vol. II. Obs. 319. nr. 4.

2) Lange Anmerkungen und Berichtigungen zu Becks angef. Abhandl. von Handlohn. (Baireuth 1781. 4.) S. 565.

3) von Buri Erläuterung S. 212. und Schröter §. 172.

4) Struv Decis. Sabbathin. Cap. X. Decis. 7. Beck Tr. de iure emphyt. Cap. XV. §. 1. Nr. II.

einem solchen Gesetz. Die *L.* 3. *C. h. t.* erwähnt wenigstens des Käufers mit keinem Wort[5]).

Uebrigens ist noch zu bemerken, daß das Laudemium der Regel nach in denselben Münzsorten zu entrichten ist, in welchen der Kaufpreis bedungen, oder der Werth des Guts geschätzt worden ist. Ist bei Bestimmung des Kaufgeldes, oder bei der Schätzung des Guts keine gewisse Münzsorte angegeben und ausgemacht worden, so kann der neue Emphyteuta die Lehnwaare in jeder zur Zeit der Veräußerung gangbaren Münzsorte entrichten[6]).

## §. 613.

### Inwiefern ist der Erbe von der Lehnwaare freizusprechen?

Da nach der öfters angeführten *L.* 3. *C. h. t.* die Quinquagesima blos in Veräußerungsfällen für die Anerkennung und Aufnahme des neuen Emphyteuta dem Dominus bezahlt wird, so folgt, daß die Erben, nach römischem Rechte, keine Lehnwaare zu geben schuldig sind. Nur der Unwissende kann daher unsern Verfasser tadeln, wenn er sagt: *Pro novo emphyteuta haberi nequit heres, sive testamentarius, sive ab intestato, quippe qui cum defuncto est una persona. Hinc ab onere praestandi laudemii immunes sunt heredes.* Die Erben succediren ja in alle

5) S. von Buri Erläuterung 4. Fortſ. S. 251. und Schröters Abhandl. von der Lehnwaare §. 171. S. 405. ff.

6) Frantzkius de laudemiis. Cap. XXIII. nr. 69. sqq. pag. 408. und Schmidts Abhandl. von den Münzsorten, in welchen eine Geldschuld abzutragen ist §. 297. u. 298. S. 411. ff.

Rechte des Verstorbenen, und stellen die Person des Erblassers juristisch vor. Folglich geschieht hier keine Veräußerung im rechtlichen Sinn. Vielmehr haben die Erben, für welche die Emphyteuse zugleich mit errichtet worden ist, schon gleich vermöge der ersten Verleihung ein Recht auf das Gut erhalten. Nach einer richtigen Theorie kann also auch kein Unterschied zwischen testamentarischen und gesetzlichen oder Intestaterben Statt haben [7]). Dessen ungeachtet sind viele anderer Meinung. Einige [8]) behaupten, die Erben müßten so gut, wie andere, die das emphyteutische Gut an sich brächten, das herkömmliche Handlohn entrichten. Denn selbst bei Lehngütern müßten die Descendenten binnen gehöriger Zeit das Lehn miethen, und um eine neue Belehnung bitten. Andere [9]) unter-

7) Hierin stimmen mit mir überein Frantzkius de laudemiis Cap. VIII. nr. 24. et Cap. XXI. nr. 3. et 4. Müller ad *Struvium* Exerc. XI. Th. 66. not. *δ*. *Henr.* Brockes Diss. de herede fundi laudemialis in divisione hereditatis a laudemio non semper immuni. (*Ienae* 1752.) §. X — XV. Ayrer Diss. de diversitate iuris emphyteutici. Sect. I. §. 10. Schröter Abh. von der Lehnwaare §. 215. Gmelin Erläuterung der L. 3. C. de iure emphyt. (in den gemeinnütz. jurist. Beobachtungen 4. B. §. 88. Not. cc. S. 134.) Thibaut Syst. des P. R. 2. B. §. 632. S. 69.

8) Lange Anmerkungen und Berichtigungen zu Becks Abh. vom Handlohn. 2. Th. Kap. XII. Obs. 1. S. 475. ff.

9) Beck Tr. de iure emphyt. Cap. XI. §. 21. von Buri Erläuterung des T. Lehnrechts 4. Forts. S. 209. f. Henne Diss. de laudemio censuali §. 8. et 9. Hofacker Princip. iur. civ. T. II. §. 1051. Dabelow Handbuch des heutigen R. T. Privatrechts. 1. Th. §. 930. Malblanc Dig. h. t. §. 416. P. II. pag. 169.

scheiden zwischen Testaments- und Intestaterben, und sprechen nur die letztern, nicht aber die erstern von der Verbindlichkeit, die Lehnwaare zu bezahlen, frei, weil man von solchen fremden Erben, die ihr Successionsrecht blos der willkührlichen Erbeinsetzung des letztern Besitzers zu verdanken haben, nicht sagen könne, daß sie in der ersten Investitur begriffen wären. Noch andere[10]) unterscheiden bei den Intestaterben wieder zwischen Descendenten, und den übrigen Verwandten des verstorbenen Emphyteuten. Nur erstere seyen, als in der Belehnung des letzten Besitzers begriffen, keiner neuen Investitur bedürftig, mithin auch der Laudemialpflicht nicht unterworfen. Wenn hingegen Ascendenten und Collateralen succedirten, so sey kein Grund vorhanden, weswegen dieselben mit der Lehnwaare verschont werden müßten. Es trete hier an die Stelle des vorigen ein neuer Besitzer, welcher von dem Herrn beliehen werden, und dafür en Handlohn bezahlen müße. Es sey falsch, die Ascendenteni geschweige denn die Seitenverwandten, als solche zu betrachten, welche in der Investitur des letztern Besitzers schon begriffen wären. Die angebliche Repräsentation und römische Unität der Person zwischen dem letzten Besitzer, und seinen Erben, könne hier nicht in Betrachtung kommen. Denn es folge nicht, daß derjenige, welcher den andern vorstellt, oder dessen Person vertritt, kein Handlohn geben dürfe, wenn er von demselben das Gut erlangt.

10) Carpzov Iurisprud. for. P. II. Constit. 39. Definit. 21. Schröter in der angef. Abh. von der Lehnwaare §. 219. S. 556. a. E. u. folg. Köchy im Commentar über die Pandecten. 3. Th. 1. Abth. S. 84. f.

So z. B. stelle der Bevollmächtigte denjenigen, welcher ihm die Vollmacht ertheilte, oder den Principal vor, deswegen aber sey er doch vom Handlohn nicht frei, wenn er ein Gut vom Principal kauft.

Ich glaube, daß man heut zu Tage vor allen Dingen darauf zu sehen habe, was Herkommen und Landesgesetze jeden Orts mit sich bringen. Nun ist nicht zu läugnen, daß es Länder giebt, wo die Sterbelehnwaare oder Erblehnwaare eingeführt ist, welche nach dem Tode des letzten Besitzers von jedem Erben ohne Unterschied, er sey Testaments- oder Intestaterbe, er sey Descendent, oder Ascendent, oder Seitenverwandter, wegen des ihm angefallenen Guts, erlegt werden muß[11]). Diese Sterbelehnwaare wird dann wieder in die gesammte und besondere eingetheilt, und unter der erstern diejenige verstanden, welche gleich beim eingetretenen Todesfall des letztern Besitzers die Erben insgesammt noch vor der Erbtheilung entrichten müssen; letztere hingegen wird diejenige genannt, welche ein Miterbe wegen des bei der Erbtheilung auf seinen Erbtheil gefallenen handlohnbaren Guts bezahlen muß. Diese Eintheilung fällt weg, wo nur ein Erbe da ist, welcher alsdann nur eine Lehnwaare, unter dem Namen des Annehmelehns, entrichten darf[12]). Eben so giebt es Länder, wo bei Erbfällen nur die Descen-

11) S. *Car. Frid.* Walch Diss. de laudemio a liberis parentibus suis successoris solvendo. *Ienae* 1777. (in *Opuscul.* Tom. II. Nr. 8.) und Schröters Abh. von der Lehnwaare §. 230. ff. S. 606. ff.

12) Walch cit. Diss. §. 14. und Schröter in der angef. Abhandlung §. 231.

denten des letztern Besitzers von der Lehnwaare frei sind, übrigens aber dieselbe von allen sowohl Testaments= als Intestaterben in aufsteigender und Seitenlinie bezahlt werden muß [13]).

Allein wo es an solchen besondern Bestimmungen fehlt, da muß das römische Recht auch heutigen Tages bei den emphyteutischen Gütern, so weit es sich thun läßt, ganz angewendet werden. Ein Sterbehandlohn ist daher immer eine Ausnahme von der Regel, und muß im Zweifel dessen Observanz bewiesen werden [14]).

Es entsteht hier noch die Frage, ob nicht auch dann, wenn bei der Erbtheilung einem von mehreren Miterben die ganze Emphyteusis zufällt, wegen der von den übrigen Miterben auf ihn übertragenen Theile das Laudemium gegeben werden müsse? Diese Frage ist sehr streitig, so ausgemacht es übrigens ist, daß der Annehmer des Guts für seinen eigenen Antheil keine Lehnwaare zahlen dürfe. Es giebt viererlei ganz verschiedene Meinungen.

Einige [15]), denen Hellfeld beistimmt, behaupten, der Erbe, der bei der Erbtheilung das emphyteutische Gut

13) S. Schröters angef. Abhandl. §. 219. WIESAND Opuscula iurid. Specim. X. Obs. 4. pag. 132. sq.

14) S. WALCH cit. Diss. §. 15. Schröter in der angef. Abhandl. §. 272.

15) CARPZOV P. II. Constit. 39. Definit. 25. BECK Tr. de iure emphyt. Cap. XI. §. 23. *Ignat. Christph.* LORBER *a* STOERCHEN Diss. de coherede, fundum emphyteuticum, vel censiticum laudemialem in solidum accipiente, ad laudemium, detracta sua rata, solvendum vel maxime obligato, vulgo

allein übernimmt, und die übrigen Miterben abfindet, müsse wegen der ihm überlassenen Antheile die Lehnwaare entrichten. Diese sagen, so lange die Erben in der Gemeinschaft bleiben, komme keinem ein Antheil eigenthümlich zu. Sobald aber einer das Gut allein sich zuschreiben läßt, der andere hingegen ihm seinen Antheil anweiset, sey jener als ein Fremder zu betrachten, und müsse ein Handlohn geben. An dem gemeinschaftlichen Gute hätte vor der Erbtheilung jeder Miterbe nur einen intellectuellen Antheil. Wenn also einem Miterben die intellectuellen Antheile der übrigen ganz allein zugeeignet werden; so erlange er vom Ganzen das Alleineigenthum, mithin etwas, das ihm zuvor nicht zustand.

Andere[16]) hingegen sprechen den Annehmer ganz frei. Diese argumentiren folgendermaßen. Sämmtliche Erben

von Hinausgabs-Handlohn. *Bambergae* 1756. Lange Anmerkungen und Berichtigungen zu Becks Abh. vom Handlohn. 2. Th. Kap. 13. Obs. 2. S. 515. THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 632. S. 69. a. E. Schröter in der Abh. von der Lehnwaare §. 224. Dieser Meinung ist auch der Jenaische Schöppenstuhl, wie Schmidt in seinen hinterlassenen Abhandlungen verschiedener practischer Rechtsmaterien 2. B. Nr. XI. §. 3. a. E. bemerkt hat.

16) FRANTZKIUS de laudemiis. Cap. VIII. nr. 118. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 35. AYRER Diss. de diversitate iuris emphyteutici. Sect. I. §. 10. in fin. HENNE Diss. de laudemio censuali §. 10. *de* PUFENDORF Observat. iuris univ. Tom. III. Obs. 34. §. 7. Pütter auserlesene Rechtsfälle 2. Bds. 2. Th. Resp. 106. u. 107. von Buri Erläuterung des Lehnrechts 4. Forts. S. 210. Ge. Ludw. Böhmer auserlesene Rechtsfälle 2. Bandes 1ste Abth. Nr. 125. u. a. m.

hätten an dem ererbten ganzen Grundstück sowohl, als an allen Theilen desselben ein condominium pro indiviso, und dieses betreffe sowohl den nach Erbgangsrecht daran angefallenen noch unabgetheilten Erbantheil als dasjenige, was ein jeder bei der wirklichen Vertheilung zu einem größern Antheil erlangt hat. Und wenn gleich der Fall, da ein Miterbe, der das ererbte Grundstück entweder nach einem gewissen Anschlage, oder gegen andere seinen Miterben überlassene Erbgüter annimmt, mit einem Kaufe oder Tausche eine Aehnlichkeit gewinnt, so könne doch solches die Art und Eigenschaft der wirklich vollzogenen Erbvertheilung nicht aufheben, vielmehr sey eine solche Art der Abtheilung, besonders bei untheilbaren Gütern, als eine nothwendige Folge der Succession anzusehen, und daher die Befugniß zu dieser Abtheilung auf eben die Art, wie die Succession selbst, in der ersten Belehnung des verstorbenen Emphyteuta gegründet. So wenig also die Erben, wenn sie insgesammt das Gut in Gemeinschaft behalten hätten, eine Lehnwaare hätten zahlen dürfen, so wenig sey nun auch der Erbe, der das emphyteutische Gut bei der Erbtheilung allein übernommen hat, dazu verbunden, ohne Unterschied, er habe den übrigen Miterben die ihm überlassenen Antheile mit Gelde, oder andern erbschaftlichen Sachen vergütet. Man fügt hinzu, das Laudemium werde nur in Veräußerungsfällen bezahlt. Wenn aber eine Erbschaft so getheilt wird, daß der eine die Güter allein, die übrigen Miterben hingegen eine Vergütung ihrer Antheile bekämen, so sey dies für keine Veräußerung zu halten[17].

17) *Nov. CXII. cap.* 1. Cum res — per successionem ad heredes veniunt, *harum rerum inter heredes divisio non debet pro alienatione haberi.*

Es sey vielmehr auch dann noch immer eine wahre Erbtheilung, wenn auch die Erben sich vereiniget hätten, daß der Annehmer des Guts, in Ermangelung anderer erbschaftlicher Sachen, die übrigen Miterben mit seinem Gelde abfinden sollte, weil, nach der bei den universitatibus iuris bekannten Regel, das zur Abfindung der übrigen Miterben bezahlte Geld an die Stelle der von ihnen auf den Annehmer der Emphyteuse übertragenen Antheile trete, mithin es eben so gut sey, als wenn jeder seinen Antheil an dem Gute in Natur erhalten hätte.

Nun giebt es Rechtsgelehrte[18]), welche unterscheiden, ob wegen der Untheilbarkeit des Gutes die Emphyteusis durch eine nothwendige Veräußerung dem einen Miterben habe überlassen werden müssen, oder ob das Gut, welches füglich unter die Miterben hätte in Natur vertheilt werden können, durch eine freiwillige Cession der übrigen Erben einem allein überlassen worden sey. Nur im ersten Falle sey der Annehmer der Emphyteuse vom Laudemium frei, allein in dem letztern Falle müsse er wegen der von den Miterben ihm abgetretenen Antheile das Handlohn entrichten.

Endlich giebt es Rechtsgelehrte[19]), nach deren Meinung es darauf ankommen soll, ob der Annehmer des

18) Hofacker Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1052. Malblanc Dig. P. II. h. t. §. 416. pag. 169. Dabelow Handbuch des heutigen R. T. Privatrechts 1. Th. §. 930. und Groscurd Commentat. de iure emphyt. Cap. 2. pag. 56.

19) *Henr.* Brockes Select. Observat. for. Obs. LXXIX. §. 16. sqq. pag. 160. Lyncker Cent. I. Decis. 21. et. 78. Klingner

Guts die Erbantheile der übrigen Miterben durch andere erbschaftliche Sachen, Güter oder Gelder, oder durch eigenthümliche Güter oder Gelder an sich gebracht habe. Im ersten Falle sey er vom Handlohne frei, im letztern aber müsse er die an sich gebrachten Antheile der übrigen Miterben verlehnwaaren. Denn wenn ein Erbe die Antheile der übrigen Miterben, woran er vorher, wegen Mangels anderer erbschaftlicher Sachen, gar kein Recht hatte, mit seinem eigenen Gelde an sich kaufe, so sey hier eine neue Erwerbung vorhanden; und man könne hier nicht mehr annehmen, daß die Erben in den Gränzen einer bloßen Erbtheilung stehen geblieben wären, sondern daß sie vielmehr ihre Antheile dem einen Erben hätten verkaufen wollen.

Ich gehe von dem Grundsatze aus, Erben bezahlen nach dem römischen Rechte kein Laudemium. Ist dies richtig, so muß auch der Erbe davon frei seyn, dem das emphyteutische Gut bei der Erbtheilung allein zufällt. Denn die Emphyteusis konnte, auch ohne Einwilligung des Herrn, dem einen Erben allein überlassen werden. (§. 603. S. 405.) Kann es nun dem Herrn gleichviel seyn, ob die Erben das Gut insgesammt besitzen, oder ob sie es einem allein überlassen; so kann es ihm auch eben so gleichgültig seyn, auf welche Art der Annehmer des Guts sich bei der Erbtheilung mit seinen Miterben verglichen hat, und ob er sie wegen ihrer Antheile mit seinem Gelde oder mit andern erbschaftlichen Sachen abgefunden hat. Genug, der Annehmer der Emphyteuse ist und bleibt Erbe.

Sammlungen zum Dorf- und Bauernrechte. 1. Th. S. 560. und 561.

Hierzu kommt, daß das Laudemium für die Aufnahme des neuen Emphyteuta in den Besitz des Guts bezahlt wird. Nun tritt hier kein neuer Emphyteuta ein, der nicht als Erbe schon in der Belehnung des letztern Gutsbesitzers begriffen wäre. Man giebt ferner zu, daß der Annehmer der Emphyteuse wegen seines Antheils von der Lehnwaare frei sey. Also bedürfte er nur eigentlich wegen der von den übrigen Miterben auf ihn übertragenen Antheile einer Aufnahme in den Besitz derselben? Denn dafür wird ja die Quinquagesima bezahlt! Eine solche Partialbelehnung bei einem Gute, welches nach dem römischen Rechte [20]) nicht soll in mehrere Theile zerstückelt werden, ist ein offenbarer Widerspruch. Solchemnach bleibt also wohl die oben angeführte zweite Meinung nach dem römischen Rechte die richtigste.

Wenn jedoch der Erbe, dem bei der Erbtheilung die Emphyteusis zufiel, nachher das Gut wieder verkauft, so ist dies nach der einstimmigen Meinung aller Rechtsgelehrten für eine solche Veräußerung zu halten, wo das Laudemium von dem neuen Erwerber bezahlt werden muß, der Käufer sey einer von den gewesenen Miterben, oder ein Fremder [21]).

Allein wie, wenn der Emphyteuta das Gut noch bei seinem Leben an eine Person veräußert hätte, auf die doch

20) *L. 7. pr. D. Communi divid.* Siehe auch oben §. 603. S. 405.

21) S. Voet h. t. §. 35. in fin. Carpzov P. II. Constit. 39. Definit. 26. von Buri Erläuterung 4. Forts. S. 210. Schröter von der Lehnwaare §. 227.

dereinst die Emphyteusis durch Erbrecht kommen würde, muß hier die Lehnwaare gegeben werden? Auch diese Frage ist sehr controvers. Einige[22]) meinen, hier sollte man den Erben von dem Handlohn nicht freisprechen, weil er sein jetziges Recht bei Lebzeiten des Gutsbesitzers noch durch keine Vererbung, sondern lediglich durch die Veräußerung erhalten konnte. Andere[23]) unterscheiden, ob die Veräußerung unentgeldlich, z. B. durch Schenkung oder Bestellung einer Brautgabe geschehen sey, oder titulo oneroso durch Kauf. In jenem Falle sprechen sie den Erben vom Laudemium frei, in diesem aber nicht, weil in dem letztern Falle der Erbe wie ein extraneus zu betrachten sey. Noch andere[24]) betrachten diesen Fall als eine anticipirte Succession, und glauben daher, daß hier kein Laudemium brauche erlegt zu werden. Diese letzte Meinung verdient nach meiner Ansicht der Sache unstreitig den Vorzug. Denn veräußert der Emphyteuta das Gut an den nächsten Erben desselben, so ist es in Rücksicht des Obereigenthumsherrn durchaus einerlei, ob der nächste Erbe, oder der Veräußerer das Gut besitzt. Es kann ja in diesem Falle auch kein Vorkauf noch Näherrecht ausge-

22) von Buri a. a. O. S. 210. u. 211. Thibaut System des P. R. 2. B. §. 632. S. 69. a. E.

23) Carpzov P. II. Const. 39. Def. 27. Franztkius de laudemiis Cap. VIII. nr. 76. sqq. et nr. 91. sqq. Beck von Nachsteuer und Handlohn. 2. Th. Kap. 4. Obs. XI. Hofacker Princip. iur. civ. T. II. §. 1052. Nr. I. et not. a. Malblanc Dig. h. t. §. 416. pag. 169.

24) Dabelow Handbuch des heutigen R. T. Privatrechts 1. Th. §. 930. Ayrer Diss. de diversitate iuris emphyteutici Sect. I. §. 10. circ. fin.

übt werden, weil ein solcher Kauf billig für eine noch beim Leben des Erblassers zum voraus vorgenommene Erbfolge angesehen werden muß[25]). Es ist auch gar nicht abzusehen, warum im Falle einer dem nächsten Erben mit der Emphyteuse gemachten Schenkung das Laudemium wegfallen, und im Falle des Kaufs dasselbe entrichtet werden sollte.

## §. 614.

### In welchen Fällen muß das Laudemium bezahlt werden?

Nach dem römischen Rechte wird nun das sogenannte Laudemium blos in den Fällen bezahlt, da durch eine freiwillige oder nothwendige Veräußerung das Nutzungseigenthum des emphyteutischen Guts, es sey unter den Lebenden durch Vertrag, oder auf den Todesfall durch Vermächtniß oder Schenkung von Todeswegen, und also titulo singulari auf einen andern übertragen wird, der nicht zu den Erben des veräußernden Besitzers gehört, und folglich ein neuer Emphyteuta von dem Obereigenthümer in den Besitz des Guts aufgenommen wird[26]). Die Regel, welche unser Verfasser aufstellt: *laudemium praestandum est, quoties alienatio fit inter vivos*, ist nicht erschöpfend. Denn daß auch in dem Falle, da durch ein Legat ein neuer Emphyteuta an die Stelle des alten tritt, das Handlohn zu

25) Leyser Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CXCII. medit. 1. Walchs Näherrecht S. 176. und *Ge. Sam.* Madihn Diss. de iure protimiseos eiusque a iure retractus discrimine §. VIII. nr. III. pag. 26.

26) Thibaut System 2. B. §. 632. Dabelow Handbuch 1. Th. §. 929.

erlegen sey, ist eine ganz unbestrittene von allen anerkannte Wahrheit[27]). Es thut demnach auch nichts zur Sache, ob die Veräußerung mittelst eines onerösen oder lucrativen Titels vor sich geht. Daher muß bei Schenkungen, sie geschehen unter den Lebenden, oder auf den Todesfall, eben so gut, wie beim Kauf und Tausch, die Lehnwaare von dem neuen Erwerber des Gutes bezahlt werden[28]).

Allein es fragt sich, wann hat der Herr ein Recht, das Laudemium zu fordern? etwa schon, sobald der Kauf zur Perfection gekommen, auch ehe noch die Uebergabe geschehen ist? oder erst nachdem das Grundstück dem Käufer übergeben worden? Es hängt hiervon die Frage ab, ob der Herr das Handlohn verlangen könne, wenn der Kauf, noch vor der Vollziehung, mutuo dissensu wieder aufgehoben wird? Die Rechtsgelehrten theilen sich hier in zwei Partheien. Die eine behauptet, daß dem Herrn das Laudemium erst dann gebühre, wenn der Kauf durch die Uebergabe vollzogen, und der neue Emphyteuta von dem Herrn in den Besitz des Guts aufgenommen worden ist. Denn nun erst sey das Eigenthum auf denselben übergegangen, und nun erst sey eine wirkliche Veräußerung geschehen. Diese Parthei behauptet denn auch, daß kein Handlohn gegeben werden dürfe, wenn beide Theile den abgeschlossenen Kauf einstimmig wieder aufgehoben ha-

27) Frantzkius de laudemiis Cap. XX. nr. 66. u. 67. Beck von Nachsteuer und Handlohn. Kap. IX. Schröter Abh. von der Lehnwaare §. 209.

28) von Buri Erläuterung 4. Forts. S. 201. folg. Schröter §. 208.

ben[29]). Die andere Parthei hingegen behauptet, der Herr habe von dem Moment an, da der Kaufcontract über das Gut abgeschloßen worden sey, ein vollkommenes Recht zur Forderung eines Laudemiums erhalten. Dieses Recht könne ihm durch willkührliche Aufhebung des Kaufs von den Contrahenten um so weniger entzogen werden, da der Herr zur Aufnahme des Käufers bereit gewesen wäre, wenn letzter darum angehalten hätte. Die Schuld liege also an dem Käufer[30]). Dieser Parthei ist nun unser Verfasser beigetreten. Allein die erste Meinung verdient unstreitig den Vorzug. Denn treten die Partheien von dem abgeschlossenen Contract zurück, so tritt kein neuer Emphyteuta an die Stelle des alten, sondern der alte Erbzinsmann bleibt. Hierzu kommt, daß es den Partheien erlaubt ist, re integra, von einem geschlossenen Kaufe wieder abzugehen[31]). Man kann also nicht sagen, daß sie

29) Frantzkius de laudemiis Cap. V. nr. 15. seq. et nr. 43. sqq. Cap. VI. nr. 6. et Cap. XVII. nr. 98. *Ant.* Faber de erroribus Pragmaticor. Decad. XCV. Err. 6. Wernher Observat. for. Tom. I. Part. V. Obs. 96. Tom. II. P. VI. Obs. 456. Hommel Rhapsod. quaest. for. Vol. I. Obs. 102. nr. 2. Pufendorf Observat. iuris univ. Tom. III. Obs. 34. §. 13. Hofacker Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1051. in fin. Schröter von der Lehnwaare §. 189. Malblanc Dig. P. II. h. t. §. 416. pag. 169.

30) Lange Anmerkungen und Berichtigungen zu Beck von Nachsteuer und Handlohn. 2. Th. Kap. 5. Obs. IV. S. 384. ff. *Reinh.* Bachovii Exercitat. ad *Ant. Fabrum* de Error. Pragmaticor. (*Frfti* 1624.) Exerc. XCV. Cap. 6. nr. 1.

31) *L.* 2. *et* 3. *D. de rescind. vendit. L.* 1. *et* 2. *C. Quando liceat ab emtione discedere.*

dadurch dem Rechte des Erbzinsherrn zuwider gehandelt hätten. Denn das Laudemium wird für die Aufnahme des neuen Emphyteuta in den Besitz des Guts bezahlt. Sie kann also nicht verlangt werden, wenn keine Belehnung eines neuen Emphyteuta geschehen ist.

Eben dieses gilt in dem Falle, wenn der Kauf unter einer suspensiven Bedingung geschlossen worden, und diese nicht existirt, gesetzt auch, daß das Gut schon während der Bedingung sollte übergeben worden seyn[32]). Denn hier war der Kauf noch nicht einmal zur Perfection gekommen[33]).

Allein wie wenn der Veräußerungscontract dergestalt vollzogen ward, daß durch die Uebergabe das Eigenthum wirklich auf den neuen Emphyteuta überging; es ist aber nachher wieder an den vorigen Emphyteuta, entweder mit wechselseitiger Einwilligung der Partheien, oder aus einer andern Ursache gekommen? Ist hier ein Laudemium, oder vielleicht ein doppeltes, oder gar keins zu erlangen? Es lassen sich hier verschiedene Fälle gedenken.

1) Es ist dem Contract eine resolutive Bedingung beigefügt worden, wodurch das Geschäft rückwärts vernichtet wird; z. B. das pactum commissorium, oder pactum displicentiae. Hier glauben einige[34]), daß so-

32) Faber in Cod. definit. for. Lib. IV. Tit. 43. def. 28. Carpzov P. II. Const. 39. Defin. 14. Hofacker Tom. II. §. 1051. Malblanc Dig. h. t. §. 416. pag. 169. Dabelow Handbuch 1. Th. §. 930. a. E.

33) *L. 8. pr. D. de peric. et comm. rei vend.*

34) Lange Anmerkungen und Berichtigungen zu Beck vom Handlohn. 2. Th. Kap. 5. Obs. VIII. S. 399. f. Thibaut System des P. R. 2. B. §. 632. S. 69.

bald der Kauf durch die Bezahlung des Kaufgeldes, und die Uebergabe vollzogen worden, der neue Besitzer zwar die Investitur suchen, und das Handlohn bezahlen müsse. Denn hier gehe durch die Uebergabe das Eigenthum auf ihn über, und dem Herrn sey, dieser Bedingung wegen, nicht zuzumuthen, mit dem Handlohn solange zu warten, bis man sähe, was die Bedingung für einen Ausgang haben werde. Würde jedoch der Kauf um der angehängten Bedingung willen wieder rückgängig, so müsse das Laudemium restituirt werden. Andere [35]) hingegen meinen, daß eben deswegen, weil der Herr, wenn die Bedingung existirt, das Handlohn zurückgeben müsse, solches gar nicht eher gefordert werden könne, als wenn die Bedingung cessirt. Das Laudemium falle also ganz weg, wenn die Emphyteusis wegen der beigefügten resolutiven Bedingung ohne ein neues Geschäft an den alten Emphyteuta zurückfällt. Noch andere [36]) behaupten, daß in dem bemerkten Falle dem Erbzinsherrn nicht nur für seine Einwilligung die Lehnwaare gebühre, sondern solche auch nicht dürfe zurückgegeben werden, wenn gleich der Kauf nachher wieder aufgehoben wird. Denn der Herr habe durch die Einwilligung in die Veräußerung, und Aufnahme des Käufers in den Besitz der Emphyteusis das gethan, wofür er die Lehnwaare zu fordern befugt war. Die von der Willkühr der Partheien abhängende Aufhebung des Contracts könne also dem Erbzinsherrn in Ansehung seines

35) Carpzov P. II. Const. 39. Definit. 16. nr. 1. et 2. Frantzkius de laudemiis Cap. V. nr. 62. — 64. Schröter von der Lehnwaare §. 190. Malblanc Dig. h. t. §. 416. pag. 169.

36) von Buri Erläuterung 4. Forts. S. 204. folg.

einmal acquirirten Rechts nicht zum Nachtheil gereichen. Man gibt indessen zu, daß der Verkäufer bei der Wiedererlangung des Erbzinsgutes keine neue Lehnwaare geben dürfe, weil der Erbzinsherr darin schon gleich bei der ersten Einwilligung ausdrücklich oder stillschweigend mit eingewilliget hat. Von allen diesen weicht Anton Faber[37]) ab, und sucht, was vor ihm, wie er selbst sagt, noch Niemand behauptet hat, zu vertheidigen, daß in dem Falle, da wegen des Vertrags ein durch die Uebergabe vollzogener Kauf gänzlich und ipso iure resolvirt wird, dem Herrn ein doppeltes Laudemium gebühre, und zwar, welches freilich, wie er selbst sagt, sonderbar klingt, keines wegen des Verkaufs, keines wegen der Resolution, sondern beides wegen der hier vorkommenden doppelten Uebergabe. Denn das Laudemium werde gegeben wegen der Uebertragung des nutzbaren Eigenthums, und der damit verbundenen Einräumung des Besitzes. Diesen Satz müsse man immer, als das gewisseste Princip, vor Augen haben, woraus alle, das Laudemium betreffende, Streitfragen entschieden werden müßten. Nun sey unläugbar, daß, wenn ein vollzogener Kauf durch ein pactum adjectum resolvirt wird, eine doppelte Uebergabe vorkomme. Die eine sey von dem Verkäufer geschehen, die andere geschehe von dem Käufer. Durch die erste habe der Käufer Eigenthum und Besitz der Emphyteuse erhalten, und dafür müsse er das Laudemium bezahlen. Durch die andere, welche er eine *retrotraditio* nennt, erhalte der Verkäufer Eigenthum und Besitz zurück, und also müsse

37) De Erroribus Pragmaticor. Decad. XCVI. Err. 1.

er auch seiner Seits dafür wieder die Lehnwaare geben. So lasse sich nun das Räthsel leicht auflösen, wie hier, wo nur ein Contract geschlossen, und dieser noch dazu resolvirt worden ist, hier, wo man eher glauben sollte, daß gar kein Laudemium erlegt werden dürfte, dennoch ein doppeltes Laudemium dem Herrn so gewiß gebühre, daß, wenn man daran zweifeln wollte, es in unserer ganzen Rechtswissenschaft keinen Satz mehr gäbe, den man für wahr annehmen könne! Ich muß offenherzig bekennen, daß die Fabersche Argumentation die lebhafte Ueberzeugung von der Richtigkeit seiner Meinung, welche ihn nach seiner energischen Aeußerung beseelte, nicht in mir erweckt hat. Darin hat Faber recht, daß in dem Falle, da dem Veräußerungscontract eine resolutive Bedingung ist beigefügt worden, dem Herrn das Laudemium gebühre. Denn hier geht, der beigefügten Bedingung ungeachtet durch die Uebergabe Eigenthum und Besitz auf den Käufer über. Est enim *pura* emtio, sagt Ulpian[38]), quae sub conditione resolvitur; igitur si fundus *commissoria lege* venierit, magis est, ut *sub conditione resolvi* emtio, quam *sub conditione contrahi* videatur[39]). Ferner sagt Ulpian[40]): Si res ita distracta sit, *ut si displicuisset, inemta esset*, constat, non esse sub conditione distractam, sed resolvi emtionem sub conditione. Eben dies bestätigt Paulus[41]), wenn er sagt: Sed et illa emtio *pura* est, ubi convenit, *ut si displicuerit intra*

38) *L. 2. pr. D. de in diem addict.*

39) *L. 1. D. de lege commissor.*

40) *L. 2. §. 5. D. pro emtore.*

41) *L. 3. D. de contrah. emt.*

*diem certum, inemta sit.* Durch die erfolgte Uebergabe hat also der Herr ein Recht erworben, das Laudemium zu fordern, weil der Käufer dadurch Eigenthümer und Besitzer geworden, folglich die Veräußerung vollzogen ist, wegen welcher ihm das Handlohn gebührt[42]). War nun aber der Herr das Laudemium zu fordern berechtiget, so ist gar kein Grund vorhanden, warum er es wieder herausgeben müßte, wenn die Bedingung existirt, und der Kauf rückgängig wird. Denn die Aufhebung des Contracts hängt ja hier blos von der Reue oder Willkühr der Contrahenten ab. Es kann folglich dadurch dem Herrn sein ius quaesitum keineswegs entzogen werden, welches ihm nach dem Gesetz, und nicht nach dem Willen der Contrahenten zusteht[43]). Nun wird zwar, wenn die Resolutivbedingung existirt, das Geschäft rückwärts vernichtet, allein diese Aufhebung betrifft blos die Rechte und Verbindlichkeiten der Partheien, keineswegs aber hängt davon das Recht des Erbzinsherrn ab[44]). Insoweit ist also das Raisonnement des Anton Fabers ganz den Rechtsprinzipien gemäß, und ich bin bis dahin völlig mit ihm einverstanden. Allein aus welchem Grunde der Herr, wenn die Emphyteusis vermöge der dem Contract angehängten Resolutivbedingung an den Verkäufer, oder den alten Emphyteuta, wieder zurückfällt, ein neues Laudemium verlangen könne, sehe ich noch nicht ein. Denn der Rückfall des Eigenthums geschieht ja hier ipso iure und ohne Tra-

42) *Ant.* Faber de Errorib. Pragmat. Decad. XCV. Error. 10.

43) Arg. *L. ult. D. de pact.*

44) S. Meier Colleg. Argentor. Lib. XVIII. Tit. 3. §. 13. Brüssel de conditionib. Lib. IV. Tit. 5. nr. 12. pag. 534.

dition, als ob es nie auf einen andern wäre übertragen worden[45]). Es fällt also der Grund dahin, aus welchem Faber dem Herrn das Recht, ein neues Laudemium zu fordern, einräumt. Ich glaube mich daher nicht zu irren, wenn ich aus diesen Gründen die dritte Meinung für die richtigere halte.

2) Der vollzogene Contract wird auf eine andere Art als durch eine Resolutivbedingung, aufgehoben. Hier lassen sich wieder zwei Fälle gedenken.

a) Die Rückgängigkeit des Geschäfts hat in der vorigen Veräußerung ihren Grund. Dahin gehört der Fall, wenn sich der Verkäufer den Wiederkauf ausbedungen hat. Alle Rechtsgelehrten sind hier einverstanden, daß bei dem ersten Kauf das Laudemium bezahlt werden müsse[46]). Denn durch die Uebergabe ist Eigenthum und Besitz des Gutes auf den Käufer übergegangen. Zwar nur ein widerrufliches Eigenthum, aber doch seiner innern rechtlichen Beschaffenheit und Wirkung nach ein vollkommenes und uneingeschränktes Eigenthum, welches mit der vollen Nutznießung, freien Disposition, und mit dem gegen jeden unbefugten dritten Besitzer zustehenden Vindicationsrechte be-

45) LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pand. Lib. XVIII. Tit. 2. §. 13. et Tit. 3. §. 12. sqq. *Mich.* GRASSUS de reditu dominii legali §. 20.

46) FRANTZKIUS de laudemiis Cap. XVI. nr. 26 — 28. WERNHER Observat. for. Tom. II. Part. IX. Obs. 227. FABER Cod. definit. forens. Lib. IV. Tit. 43. Definit. 30. nr. 21. Schröter von der Lehnwaare §. 193. S. 465.

gleitet ist [47]). Wo nun Besitz und Eigenthum auf einen Andern übertragen wird, der kein Erbe des vorigen Emphyteuta ist, da muß nach dem Gesetz eine Aufnahme des neuen Erwerbers der Emphyteuse geschehen, und also ein Laudemium bezahlt werden. Allein desto streitiger ist die Frage, ob auch der Wiederkäufer die Lehnwaare von neuem bezahlen müsse? Hier gibt es zwei Partheien.

Die eine [48]) hält dafür, daß der Wiederkäufer zu keiner neuen Lehnwaare verbunden sey. Ihr Hauptgrund ist, weil der Erbzinsherr bei der Einwilligung, in den ersten Verkauf schon zugleich in die demselben beigefügte Bedingung, daß nach der in dem Contract festgesetzten Zeit das Gut von dem Verkäufer solle wieder eingelöset werden können, consentirt habe, und es also keiner neuen Genehmigung von seiner Seite bei dem Wiederkaufe bedürfe. Da überdem bei dem Wiederkaufe keine neuen Personen, sondern blos die vorigen Contrahenten, wiewohl in andern Verhältnissen, vorkommen, so sey vollends kein Grund zur Forderung eines Handlohns einzusehen. Denn dasselbe

47) Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. Lib. XVIII. Tit. I. §. 98. *Io. Ott.* Tabor Diss. de retrovenditione T. I. *Tractat.* p. 894. *Io. Iust.* Wissmantel Pr. de servitute, praedio sub lege retrovenditionis possessio, adquisita. *Erfordiae* 1797. §. 1.

48) Carpzov P. II. Const. I. Definit. 23. nr. 4. sqq. von Buri Erläuterung des Lehnrechts 4. Forts. S. 201. f. *Carl Frid.* Walch Diss. de retrovenditione a laudemii onere libera. *Ienae.* 1761. §. 10. sqq. (in *Opusc.* Tom. II. Exerc. VII.) Hofacker Princip. iuris civ. Tom. II. §. 1052. in fin. Dabelow Handbuch des heut. R. T. Privatrechts 1. Th. §. 931. a. E. Thibaut Syst. des P. R. 2. B. §. 632. S. 69. Schröter von der Lehnwaare §. 193. S. 466. ff.

könne blos von einem neuen Besitzer verlangt werden. Nun könne der Verkäufer, welcher durch den Wiederkauf das Eigenthum seines Grundstücks wieder erlangt, kein neuer Besitzer genannt werden. Denn unter einem neuen Besitzer sey derjenige zu verstehen, der aus einem neuen vorher noch nicht existent gewesenen Grunde zu besitzen anfängt. Der Verkäufer aber erhalte sein Eigenthum wieder vermöge des dem Kaufe angehängten Vertrags.

Die andere Parthei[49]) hingegen behauptet, daß der Wiederkäufer eine neue Lehnwaare bezahlen müsse, weil der Wiederkauf ein neuer Kauf sey, mithin keine bloße Rescission des ersten Kaufs[50]). Was also von dem ersten Kaufe gilt, gelte auch vom Wiederkaufe[51]). Man könne immerhin zugeben, daß der Herr schon bei der Aufnahme des ersten Käufers auch in den Wiederkauf gewilliget habe, dies stehe aber doch dem Rechte des Herrn, ein doppeltes Laudemium zu fordern, nicht entgegen. Denn Niemand werde läugnen, daß bei einem sub pacto de retrovendendo geschlossenen Kaufe eine doppelte Uebertragung des Eigenthums vorkomme. Die eine geschehe

49) *Ant.* Faber Cod. definit. for. Lib. IV. Tit. 43. Definit. 30. nr. 22. pag. 447. *Ge.* Frantzkius de laudemiis. Cap. XVI. nr. 58. *Io.* Voet Commentar. ad Pand. h. t. §. 31. *de* Cocceji iur. civ. controv. Lib. XVIII. Tit. 1. Qu. 41. Westphals Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf rc. §. 674. Malblanc Dig. P. II. h. t. §. 416. pag. 169. Weissmantel cit. Progr. §. 1.

50) *Ant.* Faber de Error. Pragmaticor. Decad. X. Err. 3.

51) *Dan.* Nettelbladt Diss. de expensarum et pretii restitutione in retrovenditione. *Halae.* 1776. §. 7.

bei dem ersten Kaufe; die andere bei dem Wiederkaufe. Denn das Eigenthum falle hier nicht, wie bei einer resolutiven Bedingung, an den Verkäufer ipso iure zurück, sondern zur Wiedererwerbung desselben werde eine neue Uebergabe erfordert[52]). Folglich geschehe hier eine neue von der ersten ganz verschiedene Alienation. Das pactum de retrovendendo berechtige nur den ersten Verkäufer, den Käufer zum Wiederverkauf rechtlich zu nöthigen, befreie ihn aber keineswegs von der Erlegung eines Laudemiums. Denn wenn gleich der Erbzinsherr uno actu in den Kauf und Wiederkauf williget, so bezieht sich doch dieser Consens auf zwei, zu verschiedenen Zeiten vorgehende, ganz verschiedene Veräußerungsgeschäfte. Ist nun bei dem ersten das Laudemium zu bezahlen, so sey gar kein Grund vorhanden, warum es der Herr bei dem zweiten nicht verlangen dürfte, da ja der Wiederkäufer aufs neue Eigenthum und Besitz erwerben muß.

Könnte bei dergleichen Wichtigkeit der Gründe, die hier von beiden Partheien vorgebracht worden sind, noch irgend etwas der Waagschale für die erste Meinung den Ausschlag geben; so wäre es in der That das Ansehen eines um das Privatrecht unsterblich verdienten Walchs, welcher die für dieselbe streitenden Gründe für so klar, und einleuchtend hält, *ut qui ea in dubium vocare vellet, eum parum acuti hebetiorisque ingenii esse oporteat*, wie er sich in der unten angezeigten Schrift[53]) ausdrückt. Wer kann daher die Rechtsgelehrten tadeln, die seine

52) *Mich.* Grassus de reditu dominii legali §. 21.

53) Diss. cit. de retrovenditione a laudemii onere libera §. 10.

Meinung ohne Bedenken unterschrieben? Gleichwohl bin ich von dem Uebergewicht der Gründe für die letzte Meinung so lebhaft überzeugt, daß ich ihr meinen Beifall nicht versagen kann. Zwar sollte das Urtheil, welches der gelehrte Walch über diejenigen ausgesprochen hat, die das Gewicht seiner Gründe nicht fühlen, fast jeden abschrecken, einen Zweifel dagegen weiter vorzubringen. Man urtheile indessen von mir, was man will, so bekenne ich dennoch freimüthig, daß mir die beiden Hauptgründe seiner Meinung gerade die schwächsten zu seyn scheinen. Er geht von dem Grundsatze aus, daß das Laudemium für die Einwilligung des Herrn in die Erwerbung des nutzbaren Eigenthums gegeben werde. Allein Justinian[54]) sagt ja ausdrücklich, der Herr müsse den Käufer, und überhaupt denjenigen, auf den der Emphyteuta sein Recht übertragen hat, schlechterdings und ohne Widerrede für seinen Erbzinsmann anerkennen, und ihn in den Besitz des Gutes aufnehmen, wenn er nur ein tüchtiger Mann ist. Für diese Aufnahme in den Besitz der Emphyteusis, nicht aber für die Ertheilung der Einwilligung gebührt daher nach dem römischen Rechte dem Herrn unstreitig die Quinquagesima, oder wie man sie nun jetzt einmal zu nennen pflegt, das Laudemium[55]). Daß dieses also von jedem neuen Erwerber und Besitzer des Gutes erlegt werden müsse, ist außer Zweifel. Ob aber nur derjenige für einen neuen Besitzer zu halten sey, der *ex nova causa* den Besitz des Guts erhält, und also der Wiederkäufer dahin

54) *L.* 3. *C. de iure emphyt.* Siehe oben S. 445. ff. und S. 476.

55) S. *Dav. Gothofr. Aegid.* Wilcke Diss. super laudemii exactione. *Lipsiae.* 1765. pag. VI.

nicht zu rechnen sey, weil er vermöge des pacti de retrovendendo das vorige Eigenthum wieder erhält, möchte schwerlich zu beweisen seyn. Denn die Retrovendition ist ohne Zweifel ein neues von dem ersten Kauf ganz verschiedenes Veräußerungsgeschäft, bei welchem eine neue Uebergabe erfordert wird, um das Eigenthum und den Besitz wieder zu erlangen. Es ist endlich

b) der Fall noch übrig, wo beide Theile, nachdem der Kauf schon von beiden Seiten vollzogen war, den Kauf freiwillig wieder aufheben, ohne daß der Grund dazu in der ersten Veräußerung liegt. Hier sind alle Rechtsgelehrte einverstanden, daß wegen des vorhandenen doppelten Geschäfts eine doppelte Lehnwaare gegeben werden müsse[56]).

Es entsteht noch die Frage, wenn der Kauf wegen einer enormen Läsion rescindirt wird, muß der Herr die empfangene Lehnwaare zurückgeben? Die meisten behaupten dieses[57]). Allein wegen einer solchen Läsion ist der Contract nicht ipso iure nichtig[58]). Das Eigenthum

56) *L. 58. in fin. D. de pact.* Carpzov P. II. Const. 39. def. 13. nr. 8. sqq. von Buri Erläuterung 4. Forts. S. 203. Hofacker T. II. §. 1052. Malblanc Dig. h. t. §. 416. p. 169.

57) Carpzov P. II. Constit. 39. Definit. 16. Pinellus ad L. 2. C. de resc. vendit. P. II. Cap. III. nr. 35. Frantzkius de laudemiis Cap. XIV. nr. 178. sqq. Lauterbach Colleg. th. pract. Pandect. Lib. XVIII. Tit. 5. §. 55. Berger Oecon. iuris Lib. III. Tit. 5. Th. 18. not. 10. Schröter von der Lehnwaare §. 190. a. E. Malblanc. c. I.

58) *L. 8. C. de resc. vendit.*

ging folglich auf den Käufer über[59]). Der Herr war also befugt, das Laudemium zu fordern. Die nachher erfolgte Rescission betrifft nur die Rechte der Partheien, und kann folglich dem Herrn in Rücksicht des ihm gebührenden Laudemiums zu keinem Nachtheil gereichen. Da indessen wegen der Läsion blos der vorige Contract aufgehoben, aber kein neuer geschlossen wird, so kann freilich von dem Verkäufer keine neue Lehnwaare gefordert werden[60]). Will der Käufer den wahren Werth des Gutes noch nachzahlen, so kann er zwar die Rescission des Contracts dadurch abwenden, allein er muß auch von diesem Nachschuß das verhältnißmäßige Handlohn nachzahlen, weil dieses ebenfalls zu dem bereits bezahlten Kaufgelde gehört[61]).

Es verdient hier noch der Fall einige Erörterung, wenn die Emphyteuse der Schulden wegen sub hasta verkauft wird; muß auch hier der Käufer, dem das Gut, als dem Meistbietenden, adjudicirt worden ist, für seine Aufnahme dem Herrn das Laudemium bezahlen? Hellfeld entscheidet diese Frage bejahend, wenn er sagt: *nec domino nocet, quod res sub hasta sit emta.* Allein viele so-

59) Lauterbach Colleg. theor. pract. Pand. Lib. XVIII. Tit. 5. §. 50.

60) von Buri Erläuterung des Lehnrechts 4. Forts. S. 205. *Lud. God.* Madihn ad *Mencken* Doctr. de actionib. for. p. 242. Not. 707. Hofacker Princip. iur. Tom. II. §. 1052. in fin. Emminghaus ad *Cocceji* ius civ. controv. Lib. XVIII. Tit 5. Qu. 29. not. v.

61) Carpzov P. II. Const. 39. Def. 16. nr. 13. Frantzkius Cap. XVI. nr. 405. Schröter von der Lehnwaare §. 191. a. E. S. 461.

wohl ältere[62]) als neuere Rechtsgelehrte[63]) behaupten das Gegentheil, und glauben, daß die L. 3. C. de iure emphyt. welche dem Herrn das Recht gibt, in Veräußerungsfällen ein Laudemium zu fordern, blos von freiwilligen Privatveräußerungen zu verstehen sey. Leyser führt noch insonderheit den Grund an, die Gläubiger suchten durch die Subhastation blos Schaden zu verhüten, und verdienten daher mehr Begünstigung, als der Herr, der nur seinen Vortheil zu befördern suche. Jene erste Meinung verdient indessen unstreitig den Vorzug, welche auch von den meisten Rechtsgelehrten[64]) angenommen wird. Denn das angeführte Gesetz redet ganz allgemein, und macht keinen Unterschied zwischen einer freiwilligen und nothwendigen Veräußerung, sondern setzt überhaupt fest, daß im Falle einer Veräußerung dem Herrn für die Aufnahme des neuen Emphyteuta in den Besitz des Gutes zwei von

62) *Io.* Corasius Enarrat. in Tit. Cod. de iure emphyt. ad L. 3. nr. 23. *Phil.* Decius Consil. I. nr. 290. und Consil. CCXV. nr. 8. *Steph.* Gratianus Disceptat. for. Decis. 180. Lyncker Decis. 92.

63) Leyser Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. CIV. medit. 8. Dabelow Handbuch des R. T. Privatrechts 1. Th. §. 929.

64) Frantzkius de laudemiis Cap. XVI. nr. 408. *Ant.* Faber Cod. Definit. for. Lib. IV. Tit. 43. Def. 23. Carpzov P. II. Const. 39. Definit 17. Philippi Tr. de Subhastationibus Cap. IV. Comm. 8. nr. 1. von Buri Erläut. des Lehnrechts 4. Forts. S. 205. f. Müller Observat. pract. ad *Leyserum* Tom. I. Fasc. II. Obs. 250. Würth Diss. de Emphyteusi. Meletem. IX. Hofacker Princip. iuris civ. Tom. II. Obs. 1051. Thibaut Syst. des P. R. 2. B. §. 632. Schröter von der Lehnwaare §. 204.

hundert des bedungenen oder geschätzten Werths zur Belohnung gebühren solle. Ob nun die Veräußerung von dem Emphyteuta freiwillig, oder aus Noth und Schulden halber geschieht, hat auf das Recht des Herrn keinen Einfluß. Denn auch der Richter kann das Gut in keiner andern Qualität subhastiren, als in der eines emphyteutischen, es ist also in dieser Hinsicht gleichviel, ob das Gut vom Richter oder von dem Emphyteuta selbst verkauft wird [65]. Das Schuldenwesen des letztern kann dem Erbzinsherrn nicht präjudiciren [66]. Es ist auch gar nicht einzusehen, wie die Gläubiger dabei Schaden leiden könnten, da nicht von diesen, sondern von dem meistbietenden Käufer das Laudemium für seine Aufnahme in den Besitz des Gutes bezahlt wird. Wer aber ein emphyteutisches Gut kauft, williget auch in alle damit verknüpfte Bedingungen. Und da der Herr ein ius ex lege quaesitum hat, das Laudemium zu fordern, so kann man auch gar nicht von ihm sagen, daß er blos einen Gewinn sich zu verschaffen suche.

Uebrigens ist noch zu bemerken, daß im Falle einer Veränderung des Erbzinsherrn von dem neuen Obereigenthümer keine Lehnwaare gefordert werden könne, wofern nicht Verträge oder Herkommen ein anders mit sich bringen [67]. Das Laudemium fällt auch in allen denjenigen

65) *L. 1. C. Si in causa iudicati pignus.*

66) *L. 74. De de Reg. iuris.*

67) Carpzov P. II. Constit. 39. Def. 28. Frantzkius Cap. IV. nr. 22. et Cap. VII. nr. 160. von Buri Erläuterung 4. Fortſ. S. 159. ff. Pufendorf Observat. iuris univ. Tom. III. Obs. 35. Leyser Specim. CIV. medit. 3. et 4.

Fällen weg, da keine Uebertragung des nutzbaren Eigenthums auf einen andern geschehen ist, z. B. wenn das Gut blos verpfändet oder verpachtet wird [68]).

## §. 615.

**Wann kann der Herr die Aufnahme des neuen Emphyteuta verweigern? Rechtliches Verfahren dabei. Caution des Emphyteuta. Welche Klage steht dem Herrn wegen des Laudemiums zu?**

Der Herr darf nun, wie wir bereits bemerkt haben, den neuen Emphyteuta, an welchen der vorige Besitzer das Gut veräußert hat, nicht verwerfen, sondern er ist nach dem Gesetz [69]) verbunden, ihn anzunehmen, wenn er nur ein tüchtiger Mann ist. Für einen solchen ist nun aber der Emphyteuta alsdann zu halten, wenn er nicht nur eine solche Person ist, welcher die Erwerbung des emphyteutischen Gutes durch die Gesetze überhaupt nicht verboten ist, sondern auch die ihm als Emphyteuta obliegenden Prästationen zu erfüllen vermag. Deswegen kann auch der Herr von dem neuen Emphyteuta bei dessen Aufnahme eine gehörige Sicherheit verlangen. Zwar reden die Gesetze [70]) nur von Emphyteusen fürstlicher Patrimo-

68) Schröter von der Lehnwaare §. 210. S. 526. u. 527.

69) *L. 3. C. de iure emphyt.* Necessitatem autem habere dominos, si aliis melioratio secundum praefatum modum vendita sit, accipere emphyteutam: vel si ius emphyteuticum ad personas non prohibitas, sed concessas et idoneas ad solvendum emphyteuticum canonem transponere emphyteuta maluerit, non contradicere, sed novum emphyteutam in possessionem suscipere.

70) *L. 7. C. de fundis patrimon.* Quicunque ad emphyteusin fundorum patrimonialium vel reipublicae iussu nostri nu-

nial- und fiskalischer Güter, bei denen es den kaiserlichen Beamten vorgeschrieben war, bei eigener Verantwortung für diese Sicherheit zu sorgen. Es hat indessen keinen Zweifel, wie Westphal[71]) sehr gründlich bemerkt, daß auch ein jeder anderer Privatmann bei Einräumung der Emphyteuse eben dergleichen Sicherheit verlangen könne. Es muß nur diese Caution gleich Anfangs verlangt werden. Denn ist das emphyteutische Gut einmal ohne Sicherheitsleistung in den Besitz eingeräumt worden, so kann nachher ohne besondere Veranlassung kein Vorstand weiter gefordert werden[72]).

Wenn nun aber der Herr dem neuen Emphyteuta die Aufnahme verweigert, so kommt es darauf an, ob er

minis venerit, is, si redundantia fortunarum idoneus fuerit ad restituenda, quae desertis forte possessionibus requirentur, patrimonium suum publicis implicet nexibus. Si vero minor facultatibus probabitur, datis fideiussoribus idoneis, ad emphyteusin accedat. Scientibus his, quos talium rerum cura sollicitat, in se negligentiae damna, si huiusmodi cautio defuerit, esse vertenda.

71) Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf, Pacht- Mieth- und Erbzins-Contract §. 1062.

72) *L.* 11. *C. de. fund. patrimon.* Ius emphyteutici praedii, quod sine obligationis vinculo (ohne Sicherheit) retentatum est, (i. e. *diu retentum est,*) iuditio nostro immutabile perdurare praecipimus. Possessionem autem, quae sine obligatione speciali (ohne Cautionsleistung) fuerit vitiosa, vetustate temporis *volumus* adiuvari; so muß statt *nolumus* gelesen werden, wie *Iac.* Cujacius in Commentar. ad Lib. XI. Cod. h. L. aus dem griechischen Text nachgewiesen hat. Man s. auch Westphal im angef. Buche §. 1063.

gegründete Einwendungen gegen die Person desselben zu machen im Stande ist. Denn einen untüchtigen Erbzinsmann braucht er sich freilich nicht aufdringen zu lassen. Um aber auch hier allen Chikanen vorzubeugen, und zu verhindern, daß nicht unter einem nichtigen Vorwande derjenige, welcher die Emphyteusis an sich gebracht hat, davon entfernt, oder ihm wenigstens der Zutritt dazu erschwert werde; so schreibt das Gesetz[73]) vor, daß der Erbzinsherr, wenn er gegen denjenigen, an welchen die Emphyteusis veräußert worden ist, eine gegründete Ausstellung zu haben vermeint, binnen zwei Monaten mit einer schriftlichen Protestation einkommen, und diese der gerichtlichen Cognition unterwerfen solle. Läßt hingegen der Herr diese Frist fruchtlos verstreichen, ohne weder mit der gedachten Protestation zum Vorschein zu kommen, noch den neuen Emphyteuta in den Besitz einzusetzen, so ist nun der vorige Besitzer, ohne sich weiter um die Einwilligung des Dominus zu bekümmern, berechtiget, auch einen jeden andern in den Besitz des emphyteutischen Gutes einzusetzen. Ohne eine solche Tergiversation des Herrn darf es jedoch der Emphyteuta nicht wagen, seinen Käufer in den Besitz des Gutes selbst einzusetzen. Denn nur dem Herrn kommt es zu, nach einer im Gesetz vorgeschriebenen feierlichen Form die Handlung der Belehnung zu voll-

73) *L. 3. C. de iure emphyt.* Sin autem novum emphyteutam vel emtorem meliorationis suscipere minime dominus maluerit, et attestatione facta *intra duos menses* hoc facere supersederit: *licere emphyteutae etiam non consentientibus dominis ad alios suum ius, vel emphyteumata transferre.*

ziehen [74]). Erst alsdann, wenn sich dieser seines Rechts verlustig macht, wird es auf den Emphyteuta devolvirt. Hätte außer diesem Falle der letztere widerrechtlicher Weise und ohne Mitwirkung des Dominus auf einen Andern den Besitz der Emphyteusis übertragen, und dadurch in die Rechte des Herrn einen Eingriff gethan, so trifft ihn die Strafe der Caducität.

Es entsteht hier noch die Frage, was dem Erbzinsherrn des ihm gebührenden Laudemiums wegen für eine Klage zustehe? Man streitet sich, ob eine dingliche oder persönliche Klage Statt habe. Viele [75]) räumen dem Herrn deshalb die hypothekarische Klage ein, weil das Handlohn als eine Reallast auf dem Gute hafte, und daher die Verbindlichkeit, solches zu erlegen, auf jeden Besitzer übergehe. Allein dagegen haben schon andere [76]) erinnert, daß es theils an einem Gesetz fehle, welches dem Herrn wegen seines Laudemiums eine stillschweigende Hypothek gibt, theils aber auch eine Reallast an sich ein solches Pfandrecht nicht nothwendig involvire, indem das Recht des Herrn, das Laudemium zu fordern, ein Ausfluß des Obereigenthums sey, folglich schon aus diesem

74) S. Gmelins Erklärung der L. 3. C. de iure emphyt. in den jurist. Beobachtungen. 4. Band. §. 89. S. 137. und §. 90. Nr. 11. 12. u. 13. S. 141. f.

75) *Ant.* Faber in Cod. definition. for. Lib. IV. Tit. 43. Defin. 4. Gratianus Disceptat. for. Cap. 377. nr. 24. Carpzov P. I. Const. 28. Definit. 53. Ayrer Diss. de divers. iur. emphyt. §. 11. Henne Diss. de laudemio censuali. *Erf.* 1770. §. 26.

76) *Ant.* Merenda Controv. iuris Lib. XIX. c. 47. Frantzkius de laudemiis Cap. XIV. nr. 128. et 129.

Grunde auf dem Gute hafte, und dem Herrn ein Vorzugsrecht vor andern Gläubigern des dritten Besitzers gebe[77]). Andere[78]) wollen daher dem Herrn des Handlohns wegen die *actio confessoria utilis* geben. Aber auch dagegen ist nicht ohne Grund eingewendet worden, daß das Handlohn weder eine Art von Servitut, noch hier der Fall sey, wo die Laudemialqualität des Gutes an sich bestritten wird[79]). Die meisten Rechtsgelehrten sind daher darin einverstanden, daß dem Herrn wegen seiner Lehnwaare nur eine persönliche Klage zustehe. Nur wegen des Namens ist man noch nicht einig. Nach einigen[80]) soll es die ordentliche Klage aus dem emphyteutischen Contract, — *actio emphyteuticaria*; nach andern[81]) hingegen die *Condictio ex Lege ultima Cod. de iure emphyt.* seyn, weil durch dieses Gesetz das Recht des Herrn, die Lehnwaare zu fordern, erst völ-

77) *Io. Flor.* Rivinus de iure, quod domino directo intuitu laudemii competit; inter Eius *Programmata ex vario iure* (*Lipsiae* 1735. 4.) Progr. II. Walch indroduct. in Controv. iuris civ. pag. 799. §. XII. und Dabelow ausf. Entwickel. der Lehre vom Concurs der Gläubiger. Cap. XXI. pag. 607. sq.

78) Schröter von der Lehnwaare §. 268. S. 711.

79) Frantzkius de laudemiis Cap. XXIV. nr. 18.

80) Leyser Meditat. ad Pand. Specim. CIV. Cor. 2. Boehmer Doctr. de actionib. Sect. II. Cap. 8. §. 116. Schmidt Lehrbuch von gerichtl. Klagen §. 1015. Mencken Introduct. in doctr. de actionib. for. pag. 278. §. 10. Höpfner im Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 904.

81) von Buri Erläuterung des Lehnrechts 4. Forts. S. 213. ff. und Würth in Diss. de Emphyteusi Meletem. X.

lig festgesetzt worden sey. Allein auch davon abgesehen, daß der Disput über den Namen der Klage ein höchst unnützer Streit ist, wenn nur das Recht selbst keinem Zweifel unterliegt[82]); so ist gar kein hinreichender Grund einzusehen, warum hier nicht die Klage aus dem Contract, sondern blos eine condictio ex lege Statt habe. Man wendet zwar ein, die Lehnwaare werde ja dafür bezahlt, daß der Herr den neuen Besitzer zu seinem Emphyteuta annimmt, und also den emphyteutischen Contract mit ihm schließt. Sie könne also nicht durch eine Klage gefordert werden, die nur die Verbindlichkeiten, welche nach geschlossenem Contract dem Emphyteuta obliegen, zum Zweck hat. Allein die Klage aus dem Contract ist wegen jeder Verbindlichkeit begründet, die durch den Contract entsteht. Nun ist ja die Aufnahme des neuen Emphyteuta nichts anders als eine Erneuerung des mit seinem Vorgänger geschlossenen Contracts, in welchen er nothwendig treten muß; warum sollte also der Erbzinsherr die ihm dafür gebührende Lehnwaare nicht mittelst der emphyteutischen Klage fordern können? Die condictio ex lege paßt schon darum nicht, weil diese eine *obligatio lege nova introducta* voraussetzt[83]); nun ist ja durch die *L. ult. C. de iure emphyt.* die Verpflichtung des Emphyteuta zu einer Belohnung des Herrn für seine Aufnahme nicht zuerst einge-

82) *Cap.* 6. *X. de iudiciis* sagt: Provideatis attentius, ne ita subtiliter, sicut a multis fieri solet, *cuiusmodi actio intentetur*, inquiratis, sed simpliciter et pure *factum ipsum et rei veritatem* secundum formam canonum investigare curetis.

83) *L. un. D. de condict. ex lege. Io. Ort.* Westenberg de causis obligationum Diss. IV. Cap. 1.

führt, sondern nur die Größe derselben bestimmt worden. Ueberdem ist bei der Condictio ex Lege, wie Westenberg[84]) sehr gründlich bemerkt, immer darauf zu sehen, *an incerta sit natura et forma negotii, ex quo obligatio et actio introducitur*. Sie kann also bei einem Contract nicht Statt haben, welcher, wie die Emphyteusis, seine bestimmte Natur und Form erhalten hat.

Nach heutigen Rechten wird jedoch wegen eines durch Gewohnheit oder Landesgesetze fast überall eingeführten Pfandrechts dem Herrn wegen der Laudemialforderung die hypothekarische Klage gestattet, welche sogar mit einem Vorzugsrecht versehen ist[85]). Denn da Niemand rechtmäßiger Besitzer eines solchen Guts werden kann, bevor er nicht von dem Herrn damit beliehen ist, und folglich die dafür zu entrichtende Lehnwaare bezahlt hat, so nimmt man in der Praxis an, daß alle übrigen Gläubiger nicht eher ein gültiges Recht auf das ihnen verpfändete Gut erhalten, als bis der Besitzer dasjenige bezahlt hat, wodurch er selbst erst ein Recht auf das Gut erlangt, und ohne welches er gar nicht befugt gewesen wäre, das Gut zu verpfänden[86]).

84) Cit. loc. Cap. 6. §. 1 — 4.

85) Schilter Prax. iur. Rom. Ex. XLVI. §. 41. von Buri Erläuterung des Lehnrechts 4. Forts. S. 215. Schmidt Lehrbuch von gerichtlichen Klagen §. 1017. Desselben Sohn im Commentar über seines Vaters Lehrbuch 4. Band §. 1017.

86) Einige suchen dieses Vorzugsrecht aus der *L.* 16. §. 2. und *L.* 17. *D. de pignor. act.* zu erweisen. S. Dabelow a. a. O. S. 608. u. folg. und Westphals Pfandrecht §. 160. Not. 178. S. 233.

## §. 616.

### Erlöschung des emphyteutischen Rechts.

Die Emphyteusis kann nun auf mancherlei Art erlöschen. Der Grund kann

I. in der Natur ihrer Errichtung selbst liegen. Dahin gehört,

1) wenn die Emphyteusis blos auf eine bestimmte Zeit verliehen war, und diese verflossen ist [87]).

2) Wenn der Emphyteuta unbeerbt verstirbt, oder er selbst den Herrn beerbt, oder der Herr desselben Erbe wird. In allen diesen Fällen geschieht eine Consolidation, wodurch der Emphyteusis ein Ende gemacht wird [88]). Es fragt sich, wenn bei einer dem Emphyteuta blos für ihn und seine Descendenz verliehenen Emphyteuse, zwei Brüder sich bei der väterlichen Erbtheilung in das emphyteutische Gut dergestalt getheilt haben, daß dem einen das Gut entweder für einen bestimmten Preis im baaren Gelde, oder gegen ein anderes Aequivalent überlassen wurde, und dieser ohne Descendenz verstirbt; ob die Emphyteuse in diesem Falle, als eröffnet, an den Erbzinsherrn falle, oder ob nicht dem überlebenden Bruder des verstorbenen Besitzers oder dessen Descendenten ein ius regrediendi in emphyteusin divisam zustehe, so daß, der geschehenen Theilung ungeachtet, das durch die Verleihung des ersten Erwerbers in ihrer Person begründete Successionsrecht für fortdauernd zu halten sey, und daher der Heimfall des

87) *L.* 3. *D. h. t.* Siehe auch oben S. 382.

88) S. Groscurd Comm. de iure emphyt. Cap. 3. pag. 79.

Gutes an den Obereigenthumsherrn so lange nicht eintreten könne, als noch Descendenten des ersten Erwerbers vorhanden sind? Diese Frage ist eben so streitig, als wichtig, und sowohl die bejahende, als verneinende Entscheidung derselben hat sehr erhebliche Gründe für sich [89]).

Diejenigen, welche diese Frage zu Gunsten des Obereigenthumsherrn entscheiden, bedienen sich folgender Gründe.

1) Sey unläugbar in einer solchen Theilung der Emphyteusis eine Veräußerung enthalten [90]). Wer nun das Seinige verkauft, verliert sein Recht an der Sache, so weit er sich dasselbe nicht vorbehält.

2) Die Miterben werden dadurch, daß sie das Gut an einen Bruder überlassen, von aller Verbindlichkeit gegen den Obereigenthumsherrn frei, und dieser muß sich, wenn die Emphyteusis deteriorirt, oder ihm der Canon nicht bezahlt wird, blos an den Besitzer halten. Warum sollte nun nicht auch der Obereigenthumsherr von seiner Verpflichtung gegen die übrigen Miterben frei geworden seyn?

89) Ueber diese Streitfrage sind zwei Schriften merkwürdig, die eine Schrift, in welcher die Frage zu Gunsten des Obereigenthumsherrn entschieden wird, ist eine von einem gewissen Edel unter *Franz Ignat.* Wedekind Vorsitz zu Heidelberg 1767. gehaltene Dissertation unter dem Titel: de vanitate iuris regrediendi collateralium in emphyteusin divisam. Die andere Schrift, welche als Widerlegung der ersten erschienen ist, ist eine von *Phil.* Waldmann unter dem Vorsitz des Prof. *Io. Ge.* Schloer zu Mainz 1781. vertheidigte Inaugural-Dissertation de iure regrediendi collateralium in emphyteusin divisam.

90) *L.* 1. *C. Commun. utriusque iudicii.*

3) Zwischen Lehnen und Emphyteusen sey eine große Aehnlichkeit vorhanden. Gleichwie nun ehemals und noch heut zu Tage die Brüder nach der Theilung anders nicht in das Lehn succediren, als wenn sie sich das Successionsrecht ausdrücklich vorbehalten, und zu dem Ende in jedem gegebenen Falle die gesammte Hand gewahrt haben, so habe dies auch bei den Emphyteusen Statt.

4) Wenn die Erben die Emphyteuse gegen ein erhaltenes Aequivalent einem Miterben überlassen haben, und dieser sich des Guts verlustig macht, so steht den übrigen Miterben kein ius regrediendi zu; also könne es auch nicht in dem Falle Statt haben, da derjenige, dem es überlassen worden ist, ohne Descendenz verstirbt. Endlich

5) scheine es auch unbillig zu seyn, daß die Erben, welche ihre Antheile an der Emphyteusis einmal verkauft haben, und dafür entschädiget worden sind, dennoch an dem Gute einen Anspruch machen wollten. Dies würde in der That nichts anders seyn, als das Seinige zweimal zu verlangen, welches doch die Billigkeit nicht erlaubt[91]).

Für die entgegengesetzte Meinung werden hingegen folgende Gründe angeführt.

1) Sey kein Gesetz vorhanden, welches dem Obereigenthumsherrn in dem gegebenen Falle ein Recht gebe, die Emphyteuse mit dem Obereigenthume zu consolidiren.

2) Der Obereigenthumsherr habe auch keine Analogie für sich, denn in dem Factum der Theilung, und dem

91) *L.* 57. *D. de Reg. iur.*

dabei zum Grunde liegenden Vertrage, daß der eine Bruder gegen Bezahlung einer gewissen Summe, oder Leistung eines andern Aequivalens zur Abfindung der übrigen Miterben das emphyteutische Gut allein besitzen solle, sey kein rechtlicher Grund enthalten, aus welchem sich der Herr ein Recht aus der blos unter den Brüdern eingegangenen Convention zueignen könnte. Denn es sey eine bekannte Rechtsregel: *res inter alios acta alteri non prodest;* und ein Vertrag gebe nur den Paciscenten, aber keinem Dritten ein Recht. Ferner

3) gehe die Absicht der theilenden Brüder keineswegs dahin, sich für immer ihres Rechts an dem Gute zu begeben, sondern man müsse vielmehr annehmen, daß sie sich nur zum Vortheil des einen, dem sie das Gut überlassen haben, und seiner Erben, desselben haben begeben wollen. Dies bringe die Natur der Verzichtleistungen mit sich, welche immer streng zu erklären sind, und weder von einem Fall auf den andern, noch von einer Person auf die andere erstreckt werden können. Nun sey in dem vorliegenden Fall die Renunciation blos zum Vortheil des Bruders und zum Behuf der Theilung der väterlichen Erbschaft geschehen. Sie würde aber gegen ihre Natur von der Person des Bruders auf die Person des Herrn, und von dem Falle der väterlichen Erbtheilung auf den Todesfall des Bruders ausgedehnt werden, wenn man behaupten wollte, daß dem Bruder oder seinen Erben kein **ius regrediendi in emphyteusin divisam** zustehe, sondern die Emphyteuse dem Obereigenthumsherrn anheim gefallen sey.

4) Streite für das Regredientrecht des überlebenden Bruders oder seiner Erben auch die Parität. Denn so wie die Theilung dem Obereigenthumsherrn nicht zum Nachtheil gereichen könne; so könne auch derselbe daraus keinen Vortheil gewinnen. Hierzu komme,

5) daß die Theilung die Natur der Emphyteuse nicht ändere. Da nun die Emphyteuse auf alle Descendenten des ersten Erwerbers übergehe, so bleibe folglich auch nach der Theilung allen, die vom ersten Erwerber abstammen, ihr darauf erworbenes Recht. Endlich

6) trete auch hier die von Lehen hergenommene Analogie ein. Nun bleibe auch nach der Theilung des väterlichen Lehns den andern Lehnserben und deren Descendenz noch das Recht in das Lehn zu succediren, wenn derjenige, dem das Lehn bei der Theilung überlassen wurde, ohne Descendenz verstirbt, oder diese verlischt[92]). Daß aber Lehen mit den Erbzinsgütern eine Aehnlichkeit haben, und daher von jenen auf diese der Schluß gelte, sey eine von den Rechtsgelehrten anerkannte Wahrheit[93]).

Herr Hofrath Schnaubert[94]) sucht beide Meinungen dadurch zu vereinigen, daß er zwischen römischen Emphyteusen und teutschen Erbzinsgütern unterscheidet. Wenn die Rede von römischen Emphyteusen ist, so müsse die Frage blos nach römischen Rechtsgrund-

92) *II. Feudor.* 49. *et* 50. *Ge. Lud.* Boehmeri Princip. iur. feudal. §. 138.

93) S. Beck de iure emphyteut. Cap. XIV. §. 7. pag. 382.

94) Neueste jurist. Bibliothek. 1. Bandes 9. St. Nr. IX. S. 671. f.

sätzen entschieden werden. Da nun nach denselben in der Theilung eine Veräußerung enthalten sey; so folge, daß den übrigen Erben, welche bei der Erbtheilung dem ohne Descendenz verstorbenen Besitzer das emphyteutische Gut überlassen haben, kein Recht mehr daran zustehe. Ist aber von einem teutschen Erbzins- oder Erbbestandgute die Rede, davon auch allein die Frage in den angeführten Schriften aufgeworfen zu seyn scheine, so tritt er der letztern Meinung bei. Hier behauptet er also, daß die übrigen Brüder auch bei der Theilung noch ihr Recht auf das dem Einen überlassene Gut behielten. Der Hauptgrund scheint ihm der zu seyn, daß bei einem teutschen Erbbestandgute allen denen, welche vom ersten Erwerber abstammen, ein erworbenes Recht auf das Gut zustehe, dessen sie sich durch eine solche Theilung allein nicht begeben hätten, indem diese vielmehr nach dem vermutheten Willen der Paciscenten blos auf den Besitz und die Nutzungen des Guts gehe. Hierzu komme noch die von den Lehen hergenommene Analogie.

Ich rede hier zunächst von römischen Emphyteusen, und kann gleichfalls bei diesen nicht umhin, der erstern Meinung beizustimmen. Ich führe meinen Beweis aus dem römischen Rechte folgendermaßen. Durch die Theilung wird die Gemeinschaft aufgehoben, und folglich die Emphyteuse ein ausschließliches Alleineigenthum desjenigen Miterben, dem sie bei der Theilung überlassen worden ist[95]). Daher wird in dem römischen Rechte die Theilung gemeinschaftlicher Güter als ein Kauf angesehen[96]).

95) *L. 47. pr. D. Famil. ercisc. L. 15. Cod. eodem.*

96) *L. 1. Cod. Commun. utriusq. iudicii.*

Stirbt also der Besitzer ohne Descendenz, so kann den abgefundenen Geschwistern, in der Qualität als Abkömmlingen des ersten Erwerbers, kein weiteres Successionsrecht in die Emphyteuse zustehen. Denn nach der Erbfolge des gemeinen Rechts beerbt und repräsentirt man nicht den Erwerber, sondern den verstorbenen Besitzer [97]). Folglich könnten die abgefundenen Geschwister nur in der Eigenschaft als Seitenverwandte succediren. In dieser Qualität stehet ihnen aber kein Erbrecht zu, da die Emphyteuse nur für den Erwerber und seine Descendenten errichtet worden ist. Als Descendenten des Erwerbers war ihnen aber die Erbfolge schon deferirt, und in dieser Eigenschaft sind sie für die Abtretung ihrer Rechte an der Emphyteuse von dem verstorbenen Besitzer bereits abgefunden und entschädiget worden. Es muß also nach diesen richtigen Grundsätzen des römischen Rechts das Gut dem Herrn anheimfallen. Sollte es aber etwa bei den teutschen Erbzinsgütern anders seyn? Ich glaube nicht. Es ist noch heut zu Tage der gewöhnliche Successionsgrundsatz aller teutschen Bauerlehen, daß Niemand ein Lehn vererbe, denn der Vater auf den Sohn, und daß Brüder nicht anders, als vermöge der Gemeinschaft des nutzbaren Eigenthums, zur Succession berechtiget sind [98]). Wenn daher eines von den Kindern das väter-

97) S. H. Hofr. Posse Erbfolge in Lehen- und Stammgütern. (Rostock und Leipzig 1800.) S. 22. f.

98) S. Meurer von der Succession in Lehn- und Stammgütern. 1. Stück. (Leipzig 1781.) §. 58. S. 227. f. und Schnauberts Erläuterung des teutschen Lehnrechts. 2. Fortſ. §. 139. S. 436. ff.

liche Gut annimmt, und seine übrigen Geschwister in Ansehung ihres Erbtheils abfindet, so haben selbige, auch ohne ausdrücklichen Verzicht, auf das Gut keinen weitern Erbanspruch. Verstirbt also der neue Lehnmann ohne Leibeserben, so fällt das Gut dem Lehnherrn anheim [99]); wie Struben [100]), Pufendorf [1]) und Lennep [2]) gezeigt haben. Die Emphyteuse erlischt ferner

3) wenn das Recht desjenigen aufhört, der nur ein widerrufliches Eigenthum an der zur Emphyteusis eingeräumten Sache hatte.

4) Wenn die Sache, die den Gegenstand der Emphyteusis ausmacht, gänzlich zu Grunde geht. Unter dem partiellen Untergang der Emphyteuse, wenn er auch die Hälfte des Werths überstiege, leidet blos der Emphyteuta [3]).

II. Kann die Erlöschung der Emphyteusis auch in Handlungen des Emphyteuta ihren Grund haben. Dahin gehört,

99) Schwäbisches Lehnrecht Kap. 37. §. 1—3. — „Wenn sie (die Brüder) aber das Gut unter sich getheilet, so hat ihrer keiner nichts an des andern Gute, und stirbt ihrer einer ohne Lehenserben, so ist sein Theil dem Herrn ledig.“ Hiermit stimmt auch das Sächsische Lehnrecht Art. 34. und *Vetus Auctor de Beneficiis* Cap. I. §. 83. et 84 überein.

100) Tr. de iure villicor. Cap. VIII. §. 7.

1) Observat. iuris univ. Tom. I. Obs. 83.

2) Abhandl. von der Leyhe zu Landsiedelrecht. Tit. IX. §. 10.

3) *L.* 1. *C. h. t.* §. 3. *I. de locat.* LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 20.

1) wenn der Emphyteuta sein Recht aufgibt. Daß solches mit Zufriedenheit des Herrn geschehen könne, liegt schon in der Natur des Contracts. Allein sehr streitig ist es, ob es dem Emphyteuta freistehe, das Gut auch gegen den Willen des Herrn zurückzugeben, wenn er es nicht länger cultiviren will? Viele Rechtsgelehrte [4]) läugnen dieses aus sehr scheinbaren Gründen. Sie sagen,

a) daß es dem Herrn nur als eine Prärogative gestattet sey, den Emphyteuta zu vertreiben, wenn er seiner Verbindlichkeit kein Genüge leistet. Hieraus folgert man, daß es dem Emphyteuta nicht erlaubt seyn könne, das Gut dem Herrn wider desselben Willen aufzusagen.

b) Sey hier ein auf beiden Seiten verbindlicher Contract vorhanden, von welchem der Erbzinsmann schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen einseitig nicht abgehen könne [5]).

4) *Hub.* Giphanius in Explanat. difficilior. LL. Cod. ad L. 3. C. de iure emphyt. pag. 369. sq. Carpzov P. II. Decis. 139. Lauterbach Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 20. Brunnemann Comment. ad L. 64. D. de Usufr. nr. 6. seqq. Berger Oecon. iuris Lib. III. Tit. 5. §. 29. Not. 3. Beck de iure emphyt. Cap. XIV. §. 2. Leyser Specim. CV. Corol. 1. Hildebrand Diss. de refutatione emphyteuseos. *Altorf.* 1703. *Ge. Dav.* Büsser Diss. de refutatione emphyteuseos. *Giesae* 1752. *Ge. Frid.* Krause Diss. de emphyteuseos renuntiatione invito domino invalida. *Vitembergae* 1761. Hofacker Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1055. I. Westphal Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf ꝛc. §. 1064. Thibaut Syst. des P. R. 2. B. §. 634. Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 2. B. Medit. 70.

5) *L. 5. C. de obligat. et action.*

c) Werde dieses auch durch die deutliche Vorschrift der *L. 3. C. de fundis patrimon.* außer Zweifel gesetzt, in welcher es heiße: *Quicunque possessiones ex emphyteutico iure susceperint, ea ad refundendum* [6]), *uti occassione non possunt, qua asserant desertas esse coepisse, tametsi rescripta per obreptionem meruerint.* Sed nec avelli eas ab his posse, nec si licitatio ab alio fuerit promissa: sed eas in perpetuum apud eos, qui eas susceperint, et eorum posteritatem remanere, nec si super hoc rescriptum fuerit adversus eos impetratum. Zwar sey hier nicht von Privatemphyteusen, sondern von solchen die Rede, die zu dem Patrimonium des Princeps gehörten, wie theils die Rubrik des Titels, theils die Inscription des Gesetzes [7]) lehrt. Es könne aber doch dieses Gesetz eher für eine Regel, als eine Ausnahme von derselben angesehen werden, weil uns im gemeinen Rechte eine andere Regel darüber fehle, und dieses Gesetz auch mit der Natur und Eigenschaft der Sache selbst, und des unter beiden Theilen eingegangenen Contracts vollkommen übereinstimme. Endlich

d) werde diese Meinung auch noch durch das *Cap.* **3.** ***X. de immunit. ecclesiar.*** bestätiget, in welcher gesagt wer-

6) Id est, *ad reddendum eas possessiones*, wie Cujaz in Commentar. ad Lib. XI. Cod. h. L. 3. cit. das Wort *refundere* hier erklärt.

7) Die Inscription der L. 3. cit. lautet so: Valentinianus *et* Valens *Germaniano Comiti sacrarum largitionum.* Nun hatte der Comes. S. L. die Aufsicht über den kaiserlichen Schatz, das Aerarium, und die Patrimonialgüter des Princeps. S. Gutherius de Officiis domus Aug. Lib. III. cap. 16.

de: Indicatum est, et infra dictum est nobis, quod rustici ecclesiae, rura eius deserentes, in privatorum possessionibus culturam exhibeant, quod experientia tua fieri non permittit. Hier sey zwar nicht von Emphyteuten, sondern von Pfarrbauern die Rede, welche die Pfarräcker der Kirche nicht liegen lassen sollen; allein diese hätten doch mit Erbzinsleuten eine Aehnlichkeit.

Andere [8]) unterscheiden hingegen, ob der jährlich zu entrichtende Canon, wie gewöhnlich, sehr gering, oder im Verhältniß zu den Früchten gesetzt sey. In jenem Falle könne das Recht des Emphyteuta, das Gut dem Herrn zurückzugeben, nicht bestritten werden. Denn hier habe die Emphyteuse die Eigenschaft eines Beneficiums, dergleichen Niemanden aufgedrungeu zu werden pflege. Hier könne auch die von dem Emphyteuta geschehene Begebung dem Erbzinsherrn sehr gleichgültig seyn, weil sich leicht ein anderer Emphyteuta finden werde. Allein in dem letztern Falle nehme die Emphyteuse die Eigenschaft eines Pachts an, und hier stehe es nicht in der Willkühr des Emphyteuta, einseitig vom Contract abzugehen.

Hellfeld stimmt keiner dieser Meinungen bei, sondern behauptet, daß dem Erbzinsmann die Aufgebung der Emphyteuse nach Willkühr zustehe. Diese Behauptung, welche auch sowohl die Auctorität vieler berühmter Rechtsgelehrten [9]), als die Praxis für sich hat, scheint mir mit

8) S. Würth Diss. de emphyteusi. Meletem. XV.

9) Connanus Commentar. iuris civ. Tom. II. Lib. VII. cap. 12. pag. 537. sqq. (*Lutetiae* 1553. f.) Faber Cod. definition. for. Lib. IV. Tit. 43. Defin. 11. Voet Commentar. ad Pand. h. t.

der Natur des Erbzinscontracts und den Gesetzen am meisten übereinzustimmen. Denn durch den emphyteutischen Contract macht sich blos der Herr verbindlich, dem Emphyteuta das Gut auf immer zu lassen, so daß es weder ihm, noch demjenigen, an welchen derselbe das Gut veräußert hat, genommen werden solle, so lange der Besitzer seine Pflichten erfüllen, und den Canon alle Jahr richtig abtragen wird. Der Emphyteuta hingegen verpflichtet sich, das Gut zu cultiviren, und den jährlichen Canon davon zu entrichten, so lange er das Gut besitzt. Auf keine Weise aber macht er sich durch den Contract verbindlich, das Gut auch wider seinen Willen ewig zu behalten. Denn läge dies in der Natur des Contracts, so müßten ihm die Gesetze keine freie Veräußerungsbefugniß zugestanden haben. Sowohl Ulpian[10]) als Justinian[11]) setzen die Natur der emphyteutischen Güter ausdrücklich nur darin, *ut quamdiu pensio pro his domino praestetur, neque ipsi conductori, neque heredi eius, cuique conductor heresve eius id praedium vendiderit, aut donaverit, aut dotis nomine dederit, aliove quocunque modo alienaverit, aufferre*

§. 17. Schilter Prax. iuris Rom. Exercit. XVI. §. 88. sqq. Leeuwen Censur. for. P. I. Lib. II. Cap. XVI. nr. 17. von Buri Erläut. des Lehnrechts 4. Forts. S. 229. f. Ayrer Diss. de diversitate iuris emphyt. et villar. Sect. I. §. 18. Boehmer Iur. Dig. h. t. §. 8. Schaumburg Compend. iur. Dig. h. t. §. 18. *Io. Thad.* Müller Syst. Pand. P. II. §. 688. nr. VII. et not. d. Dabelow Handbuch des R. T. Privatrechts 1. Th. §. 935. und Malblanc Dig. h. t. §. 417. nr. III. Part. II. pag. 171. et not. d. pag. 173.

10) *L. 1. pr. D. h. t.*

11) §. 3. *I. de locat. et conduct.*

*liceat.* Solchemnach ist also die beständige Behaltung des Gutes blos als ein Recht des Emphyteuta anzusehen, welches ihm gleichsam zur Belohnung für die Erfüllung seiner Pflichten verheißen und zugesichert ist, und welches durch Vernachläßigung derselben verloren geht. Betrachtet man die Sache von dieser Seite, so muß es dem Emphyteuta so gut freistehen, sich seines Rechts durch Aufkündigung zu begeben, als es ihm erlaubt ist, die Emphyteuse zu veräußern, und zu verschenken. Denn was ist denn eine solche Refutation oder Aufgebung des emphyteutischen Rechts anders, als eine Art der Veräußerung? Hierdurch widerlegen sich die oben für die entgegengesetzte Meinung angeführten Gründe von selbst. Denn 1) folgt ja im mindesten nicht, weil der Erbzinsherr den Emphyteuta wegen Vernachläßigung seiner Pflichten vertreiben kann, so darf sich der Emphyteuta nicht von der Emphyteusis lossagen. Wer sollte glauben, daß der Emphyteuta in diesem Stück seiner persönlichen Freiheit entsagt, und sich durch den Contract eine solche Servitut habe aufbürden lassen wollen. Der Erbzinsherr hat sich ja das beständige Verbleiben des Emphyteuten auf dem Gute weder ausdrücklich noch stillschweigend ausbedungen, vielmehr, da er durch dessen Aufkündigung insgemein nichts verliert, sondern vielmehr dabei gewinnt, indem er nun das volle Alleineigenthum des Gutes erhält, wogegen der gewöhnlich nur sehr geringe Canon in gar keine Betrachtung kommt, muß man vermuthen, daß er in diesen ihm vortheilhaften Umstand schon bei Errichtung des Contracts stillschweigend gewilliget habe. Hiernächst hat es

2) zwar allerdings seine Richtigkeit, daß ein Bilateralcontract nicht einseitig aufgehoben werden kann. Al-

lein diese Regel kann doch nur so lange gelten, als nicht in der Natur des Contracts solche Umstände vorhanden sind, woraus man mit Sicherheit schließen kann, daß die eine Parthei die Dauer des Vertrags der freien Willkühr der Andern überlassen habe. Von dieser Art ist nun aber der emphyteutische Contract. Denn aus der dem Emphyteuta bei diesem Contract gestatteten Veräußerungsfreiheit ist zu schließen, daß der Herr durch den emphyteutischen Contract nichts weiter als die Cultur seines Gutes, und Bezahlung des jährigen Canons von dem jedesmaligen Besitzer beabsichtiget, keinesweges aber gesucht habe, den Emphyteuten oder desselben Nachkommen, gleichsam als glebae adscriptitios, ewig auf seinem Gute wider ihren Willen zu behalten, und daß er also in die freie Aufkündigung des Contracts von Seiten des Erbzinsmannes stillschweigend gewilliget habe.

3) Die *L. 3. C. de fundis patrimon.* enthält keine allgemeine Regel, sondern redet blos von Patrimonialgütern des Princeps, welche erbzinslich ausgethan worden. Solche Güter durften freilich nicht unter dem Vorwand, sie seyen verödet, zurückgegeben werden. Dies hatte aber auch seinen besondern Grund. Diejenigen, welche solche Güter nach emphyteutischem Rechte übernahmen, mußten sich durch Caution verpflichten, das Gut nicht liegen zu lassen[12]). Dagegen waren sie aber auch gegen alle Strafe der Privation gesichert, wenn sie auch

12) *L. 7. Cod. de fund. patrimon.*

den Canon nicht ordentlich bezahlten[13]). Es läßt sich also von solchen fürstlichen Patrimonialemphyteusen auf Privatemphyteusen kein gültiger Schluß machen, da bei letztern nicht gleicher Grund noch gleiche Verhältnisse Statt haben.

4) Das *Cap.* 3. *X. de immunit. eccles.* redet gar nicht von freien Erbzinsleuten, sondern von sogenannten *colonis originariis*, dergleichen auch die Kirchen viele mit den ihnen geschenkten Gütern erhalten hatten, wie Gonzalez Tellez[14]) bei diesem Text bemerkt hat. Diese coloni durften die Güter und Ländereien, auf die sie waren gesetzt worden, um sie zu cultiviren, nicht verlassen. Sie waren zwar ihrem Stande nach keine Sklaven, aber sie hatten doch keine vollkommene Freiheit, sondern waren mit ihren Kindern gleichsam praediis vinculisque agrorum adscripti, adeo ut nec momento quidem temporis a praediis, quibus mancipati erant, separare se possent[15]). Diese sind also von Emphyteuten ganz verschieden, mithin läßt sich von denselben auf die letztern durchaus kein gültiger Schluß machen[16]).

13) *L.* 4. *Cod. eodem. L.* 2. *Cod. de fundis rei privatae.* Vergl. Cujacii Recitat. solemnes in libros Cod. Iustin. ad L. 2. de iure emphyt. und Ebendesselben Commentar. in Lib. XI. Cod. ad LL. cit. 4. de fund. patrim. et 2. C. de fund. rei privatae.

14) Commentar. in Decretal. ad. cap. 3. X. de immunit. ecclesiar. Tom. III. pag. 976. sq.

15) S. *Iac.* Gothofredi Paratitlon ad Tit. Cod. Theod. de fugitivis colonis. Tom. I. Lib. V. Tit. 9. pag. 492. seqq.

16) Malblanc Dig. h. t. §. 414. P. II. pag. 164.

Sind nun die Gründe für die erstere Meinung entkräftet, so kann es auch nach der Distinction der zweiten Meinung gar nicht auf die Größe der jährlich zu entrichtenden Abgabe ankommen. Denn daß die Emphyteuse ein vom Pacht verschiedener Contract sey, und daher nicht nach den Grundsätzen desselben könne beurtheilt werden, ist ja aus der oben (S. 459.) vorgekommenen Verordnung des Kaisers Zeno bekannt genug.

Zieht man endlich noch die Umstände in Erwägung, unter welchen die Aufgebung der Emphyteuse zu geschehen pflegt, so sind dieselben gemeiniglich so beschaffen, daß sie entweder die Befugniß des Erbzinsmannes dazu vollends begründen, oder dem Herrn die Aufkündigung sehr willkommen machen werden. Denn ist das Gut einträglich, so würde es ja auf Seiten des Herrn thöricht seyn, wenn er die Refutation nicht acceptirte. Allein so lange das Gut noch von einigem Ertrage ist, wird wohl schwerlich der Emphyteuta Lust haben, dasselbe dem Erbzinsherrn zurückzugeben. Dies wird insgemein nur dann der Fall seyn, wenn das Gut durch Ueberschwemmung oder Krieg so verwüstet ist, daß es ohne großen Kostenaufwand sobald nicht wieder in den Stand gesetzt werden kann, daß es sich der Mühe verlohnte, es ferner zu cultiviren. Warum sollte nun unter diesen Umständen der Emphyteuta nicht eben sowohl befugt seyn, die Emphyteuse zu verlassen, als der Eigenthümer sein Eigenthum wegen einer dasselbe zu sehr belästigenden Servitut aufgeben[17], oder der Usufructuar, wenn die Abgaben den Ertrag übersteigen, den

17) *L.* 6. §. 2. *D. Si servitus vindic.*

Nießbrauch derelinquiren [18]), oder der Vasall unter gleichen Umständen auch gegen den Willen des Lehnherrn das Feudum refutiren kann [19]), wenn gleich derselbe auch gegen den Lehnherrn in gewissen Pflichten steht. **Neque enim novum in iure nostro,** sagt Voet [20]) sehr richtig, **ut is, qui rei alicuius intuitu ad onus aliquod et impendia subeunda devinctus est, rem eandem pro derelicto habendo ab onere illo in posterum liberetur.** Es wird indessen freilich vorausgesetzt, daß die Aufkündigung keinen Betrug zum Grunde habe, um vielleicht den Folgen einer ohnehin verwirkten Privation zuvorzukommen [21]).

2) Gehören vorzüglich die Fälle hierher, wo der Emphyteuta seines Rechts beraubt werden kann, entweder wegen eines an dem emphyteutischen Gute begangenen Mißbrauches, oder weil er die ihm nach der Natur des Contracts obliegenden oder durch Vertrag übernommenen Pflichten nicht erfüllet hat [22]). Daß

a) wegen begangenen Mißbrauchs mit der Emphyteusis, der hier allein in einer Deterioration der Sache

18) *L.* 48. *L.* 64. *D. de Usufructu.*

19) *II. Feud.* 38. Schwäbisches Lehnrecht Kap. 5. nach Schilter und Kap. 6. nach Senkenberg. Sächsisches Lehnrecht Kap. 55. Moeller Distinct. feudal. Cap. XXII. Dist. 3. Zepernick Analect. iuris feud. T. I. Obs. 12. p. 59.

20) Comment. ad Pand. h. t. §. 17.

21) Malblanc c. l. pag. 171.

22) *Io. Iod.* Beck Diss. de iustis caducitatem emphyteuseos inferentibus causis. *Altorfii* 1723.

zu setzen ist, der Emphyteuta sein Recht verliert, ist bei kirchlichen Emphyteusen ausdrücklich verordnet, und wird nach dem Gerichtsgebrauche auch nicht ohne Grund auf weltliche Emphyteusen ausgedehnt, wie bereits oben (S. 413.) gezeigt worden ist. Man setzt jedoch gewöhnlich voraus, daß dem Emphyteuta ein böser Vorsatz oder eine grobe Nachläßigkeit dabei zur Last gelegt werden könne[23]). Allein in den Gesetzen ist diese Einschränkung nicht gegründet. In der Novelle 7. Kap. 3. §. 2. wird blos gesagt: Verum si emphyteuta praedium aut suburbanum aut aedificium *deterius fecerit*, cogatur curam adhibere, ut de suo in priorem statum restituatur: neque ipse solum, sed etiam heredes et successores, eiusque bona ad id obligata sint. Und in der Novelle 120. Kap. 8. in welcher die Folge der Privation mit der Verderbung des Guts verknüpft worden ist, heißt es ganz allgemein: Si locator aliquis vel *emphyteuta* rei pertinentis vel ad sanctissimam magnam ecclesiam, vel aliam venerabilem domum, in quocunque loco Reipublicae nostrae sitam, *deteriorem reddat rem*, quam accepit, — potestatem venerabili domui, a qua locatio vel emphyteusis celebrata est, concedimus, ut — veterem statum rei locatae vel in emphyteusin datae exigat, *et emphyteusi vel locatione eiiciat, ut qui nec de meliorationibus actionem quandam contra venerabiles domos movere possit.* Die hieraus gezogene

23) Voet Commentar. ad Pand. h. t. §. 46. Müller System. Pandect. P. II. §. 688. nr. VIII. pag. 718. Hofacker Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1056. Dabelow Handbuch des heutigen Privatrechts. 1. Th. §. 936.

*Auth.* Qui rem. *C. de SS. Ecclesiis* lautet so: Qui rem huiusmodi conductam vel in *emphyteusin* acceptam *fecerit deteriorem* — hac lege *repelli potest*, ut tamen — id, in quo rem laesit, resarciat: non repetiturus, si quid impendit nomine meliorationis. In keiner dieser Gesetzstellen wird auch nur mit einem Worte gesagt, daß die Deterioration der Emphyteuse aus bösem Vorsatz oder grober Nachläßigkeit müsse geschehen seyn, wenn der Emphyteuta seines Rechts deshalb verlustig erklärt werden soll. Das Gegentheil lehrt auch schon die Natur der Sache. Der Emphyteuta verpflichtet sich, das Gut, so viel möglich zu verbessern, oder wenigstens so zu cultiviren, daß es nicht verschlimmert werde. Handelt er nun dieser wesentlichen Verpflichtung entgegen, so ist der Herr berechtiget, das Gut einzuziehen, die Verderbung des Guts sey aus Vorsatz oder aus Nachläßigkeit geschehen, ohne daß hier der Grad derselben in Betrachtung kommen kann. Richtiger ist daher die Meinung derjenigen Rechtsgelehrten [24]), welche behaupten, daß der Emphyteuta auch wegen einer culpa levis wenn dadurch die Substanz des Guts merklich verderbt worden ist, sich der Emphyteusis verlustig mache. Nur dann pflegt man ihn von der Privation frei zu sprechen, wenn die Deterioration culpa levissima geschehen seyn sollte. Auf keinen Fall befreyet ihn jedoch die Privation von seiner Verbindlichkeit, das

24) Carpzov P. II. Constit. 38. Def. 23. nr. 3. Richter in Exposit. Authenticar. ad Auth. *Qui rem.* C. de SS. Eccles. nr. 11. pag. 42. Beck de iure emphyt. Cap. XV. §. 4. pag. 399. Lauterbach Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 21. Ayrer Diss. de diversitate iuris emphyt. Sect. I. §. 20. pag. 43. Westenberg Princip. iuris sec. ord. Digest. h. t. §. 35.

Gut wieder in den vorigen Stand zu setzen[25]). Der Kirche steht deshalb nach den oben angeführten Gesetzen auf dem Vermögen ihres Emphyteuta sogar ein stillschweigendes Pfandrecht zu[26]); welches Herr von Buri[27]) auf alle Emphyteusen erstreckt, worin ihm aber andere[28]) mit Recht widersprechen. Die Privation fällt indessen weg, wenn gleich Anfangs zwischen dem Emphyteuta und seinem Herrn durch Vertrag ist festgesetzt worden, daß wegen der Deterioration das Gut nicht eingezogen werden solle[29]). Die Emphytheusis geht

b) verloren durch begangenen Verzug bei Bezahlung des Canons, nämlich wenn der Emphyteuta der Kirche zwei, und einem andern Erbzinsherrn drei Jahre den Canon nicht zahlt. Die hier einschlagenden streitigen Rechtsfragen sind schon oben (§. 606.) erörtert worden. Hier ist jedoch noch zu bemerken, daß auch sogar Minderjährige aus diesem Grunde ihr Erbzinsrecht verlieren können, wenn durch die Schuld der Vormünder der Canon nicht gehörig abgetragen worden ist. Jedoch sind die Vormünder anzuhalten, ihren Pflegbefohlnen den Schaden, den sie ihnen durch ihre Nachläßigkeit zu-

25) *Nov. VII. cap.* 3. §. 2. *et Nov. CXX. cap.* 8. von Buri Erläuterung des T. Lehnrechts 4. Fortſ. S. 248.

26) *Nov. VII. cap.* 3. §. 2.

27) In der angef. Erläuterung 4. Fortſ. S. 248.

28) S. Thibaut Syst. des P. R. 2. B. §. 643. nr. VII. und Meissner Darstellung der Lehre vom stillschweigenden Pfandrecht. §. 198.

29) *L.* 2. *C. de iure emphyt.* Beck cit. Tr. Cap. XV. §. 4. pag. 400.

gefügt haben, aus ihrem Vermögen zu ersetzen [30]); sollten aber dieselben den Schaden zu vergüten außer Stand seyn, so können die Minderjährigen auf diesen Fall zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ihre Zuflucht nehmen [31]). Besitzen mehrere das emphyteutische Gut ungetheilt, die zur Entrichtung des Canons einen Lehnträger bestellet haben, so schadet desselben Nachläßigkeit den übrigen Besitzern [32]), ja es findet die Privation Statt, wenn auch nur einer von mehreren Miterben seiner Schuldigkeit in den gesetzlichen Terminen nicht nachgekommen ist [33]).

c) Verliert der Emphyteuta das Gut, wenn er drei Jahre die auf dem Gute haftenden öffentlichen Ab-

30) *L. 23. C. de administrat. tutor.* Diesem ist *L. 2. Cod. de fundis patrim.* nicht entgegen. Denn dieses Gesetz redet nicht vom Canon, sondern von herrschaftlichen Steuern. S. Cujacii Recitation. solemn. in libros Cod. ad L. 2. C. de iure emphyt. Giphanii Explanat. difficilior. LL. Cod. ad L. 2. eand. pag. 365. Beck Tr. de iure emphyt. Cap. XV. §. 6. pag. 408.

31) *L. 9. §. 5. D. de minorib. L. 13. §. fin. Cod. de iudiciis.* Malblanc Dig. h. t. §. 417. P. II. pag. 172.

32) *Modest.* Pistor P. IV. Quaest. 133. Richter Exposit. Authenticar. ad Auth. *Qui rem.* Cod. de SS. Eccles. nr. 37. pag. 47.

33) Voet h. t. §. 37. *de* Cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 11. Malblanc c. l. pag. 172. Andere wollen es jedoch den Rechten und der Billigkeit gemäßer halten, wenn nur der Antheil dessen eingezogen wird, der nicht bezahlt hat. Man sehe z. B. Beck de iure emphyt. Cap. XV. §. 6. pag 407. und die daselbst angef. Rechtsgelehrten. Allein wie wenig eine solche theilweise Privation in den Gesetzen gegründet sey, ist schon bey einer andern Gelegenheit gezeigt worden. Siehe oben S. 413.

gaben nicht abgetragen, oder in so langer Zeit die über die geschehene Abführung ihm ausgestellten Quittungen dem Obereigenthümer zu seiner Sicherheit für die Zukunft nicht eingehändiget hat [34]). Es fragt sich, ob dieser dreijährige Termin auch bei kirchlichen Emphyteusen anzunehmen sey, oder ob nicht bei denselben, nach der Analogie vom Canon, schon eine seit zwei Jahren unterlassene Abführung der öffentlichen Abgaben zur Privation genüge? Das Gesetz macht hier keinen Unterschied zwischen weltlichen und kirchlichen Emphyteusen; und die Novelle 7. Kap. 3. §. 2. redet bei Bestimmung des zweijährigen Termins ausdrücklich nur vom Canon, wie auch Herr von Buri [35]) sehr gründlich bemerkt hat. Es ist also auch bei den kirchlichen Emphyteusen in Rücksicht der Steuern kein kürzerer Termin, als bei weltlichen, anzunehmen [36]).

d) Wenn der Emphyteuta beim Verkaufe der Emphyteusis dem Obereigenthümer davon keine Nachricht ertheilt hat, und der Kauf durch die Uebergabe [37]) vollzogen worden ist. Auch hiervon ist schon oben (§. 607.)

34) *L. 2. C. de iure emphyt.* Verb. Per totum triennium neque pecunias solverit, *neque apochas domino tributorum reddiderit.*

35) Erläuterung des Lehnrechts 4. Fortſ. S. 246.

36) *Io. Thad.* Müller System. Pand. P. II. §. 688. nr. X. et not. n. pag. 721.

37) Der Uebergabe ist das constitutum possessorium gleichzuachten, wo zwar der Emphyteuta im Besitz bleibt, allein auf den Namen des Käufers besitzt. (S. 106.) S. von Buri Erläuterung des Lehnrechts 4. Fortſ. S. 250. Anderer Meinung sind jedoch viele. S. Beck Tr. de iure emphyt. Cap. IX. §. 7. pag. 145. sq.

ausführlicher gehandelt worden. Mehrere Rechtsgelehrten[38]) erfordern zwar, daß die Anzeige dolo oder culpa lata unterlassen worden seyn müsse, wenn der Emphyteuta deshalb sein Recht verlieren soll. Allein auch diese Einschränkung ist ungegründet. In der *L. 3. C. de iure emphyt.* ist kein Wort davon enthalten. Daher behaupten andere[39]), daß den Emphyteuta auch keine Unwissenheit des Rechts entschuldige, wenn er auch gleich zu den Personen gehört, denen sonst die Unwissenheit des Rechts nicht zur Last gelegt wird[40]). Die Strafe der Caducität fällt jedoch weg, wenn der Verkauf wegen Mangels der gesetzlichen Erfordernisse schon an sich null und nichtig war, oder bloß unter einer suspensiven Bedingung war abgeschlossen worden, oder die Uebergabe noch nicht erfolgt war[41]). Man behauptet auch insgemein, daß wenn nur ein Theil von dem emphyteutischen Gute ohne Vorwissen des Herrn verkauft worden, nicht die ganze Emphyteusis, sondern nur der verkaufte Theil verloren sey[42]).

38) Hofacker Princip. iuris civ. Tom. II. §. 1059. Dabelow Handbuch des heutigen Privatrechts. 1. Th. §. 938.

39) *God. Christ.* Leiser in iure georgico. (*Lipsiae* 1741. f.) Lib. I. cap. 15. nr. 54. et 55. und Beck de iure emphyt. Cap. IX. §. 6.

40) *L. fin. C. de iuris et facti ignor.* Beck c. l. pag. 142. seq.

41) Voet h. t. §. 23. Hofacker T. II. §. 1059. Dabelow a. a. O. §. 938. Malblanc Dig. h. t. §. 417. nr. IV. p. 171.

42) Arg. *L.* 14. *D. Quib. mod. ususfr. amitt.* und *II. F.* 38. Voet h. t. §. 22. Beck de iure emphyt. Cap. IX. §. 5. Hofacker c. l. Malblanc c. l.

e) Wenn der Emphyteuta beim Verkauf arglistig den ihm gebotenen wahren Preiß verheimlichet, und den Herrn betrogen hat, z. B. er hat eine größere Summe angegeben, um dadurch den Herrn von der Ausübung des Näherrechts abzuhalten; und endlich

f) wenn er die Emphyteuse an eine untüchtige oder solche Person veräußert hat, welcher die Erwerbung eines solchen Guts gesetzlich verboten ist. (S. 457.)

In allen diesen Fällen [43]) geht nun zwar die Emphytheusis nach der richtigern Meinung der Rechtsgelehrten [44]) ipso iure verloren, das heißt, der Emphyteuta verliert

43) Ohne Grund rechnen einige noch zu den Ursachen, wegen welcher der Emphyteuta seines Rechts beraubt werden kann, Undankbarkeit des Emphyteuta, unterlassene Bezahlung des Laudemiums, Abläugnung des Obereigenthums, u. d. m. Ein anderes ist, wenn deshalb durch Vertrag Etwas ist festgesetzt worden. S. Voet h. t. §. 48. et 49. *Henr.* Cocceji Diss. de emphyteusi. Cap. X. §. 7. von Buri Erläut. des Lehnrechts. 4. Fortſ. S. 253. a. E. und Hofacker Tom. II. §. 1061.

44) Beck de iure emphyt. Cap. XV. §. 1. sqq. Giphanius Explanat. difficilior. LL. Cod. ad L. 2. C. de iure emphyt. p. 361. Vinnius Select. iuris Quaest. Lib. II. cap. 3. Connanus Commentar. iuris civ. Tom. II. Lib. VII. cap. 12. pag. 539. Cujacius Recitation solemn. in libros Cod. ad L. 2. de iure emphyt. von Buri Erläuterung 4. Fortſ. S. 175. f. Hofacker Princip. iur. civ. T. II. §. 1062. Malblanc Dig. P. II. §. 417. pag. 172. Ganz anderer Meinung sind *Elb.* Leoninus in Praelect. ad L. 2. C. de iure emphyt. nr. 12. (in *Ev.* Ottonis *Thes. iur. Rom.* T. V. pag. 664.) Leyser Meditat. ad Pand. Specim. CV. medit. 1. und zum Theil Thibaut im Syst. des P. R. 2. B. §. 634. S. 72.

sein Recht in dem Moment, da die den Herrn zur Einziehung des Guts berechtigende gesetzliche Ursache eintritt, so daß die von dem Emphyteuta zu Schulden gebrachte Pflichtverletzung auf keine Weise wieder gut gemacht werden kann, wenn der Herr auf der Einziehung des Gutes besteht. (S. 435. ff.) Quod enim parti semel quaesitum est ius, id ei invito auferri nequit[45]). Es darf aber doch der Herr nicht eigenmächtig den Emphyteuta vertreiben[46]); sondern er muß förmlich auf Privation der Emphyteuse klagen, welche Klage, wie oben (S. 465.) gezeigt worden, auch den Erben des Herrn nicht abzusprechen ist. Der Emphyteuta muß mit seinen Einwendungen gehört, sodann auf Beweis erkannt, und endlich nach geführtem Beweis das Recht des Emphyteuta durch richterliches Urtheil für verwirkt erklärt werden[47]). Die Folgen einer solchen Privation sind, daß der Emphyteuta nicht nur das Gut nebst den von dem Augenblick der Erlöschung seines Rechts an noch erhobenen Früchten restituiren[48]), son-

45) Viele lassen jedoch wegen des *cap.* 4. *X. de locat. cond.* bei kirchlichen Emphyteusen eine morae purgatio zu, so lange der Herr die Privationsklage noch nicht angestellt hat. S. Beck cit. Tr. Cap. XV. §. 7. Dabelow Handbuch §. 937. Allein auch dies ist noch nicht außer Zweifel. S. oben S. 438. und von Buri Erläut. S. 243.

46) Cujacius l. c. Giphanius c. l. pag. 362. Voet h. t. §. 51. von Buri a. a. O. S. 245. Hofacker c. l. et §. 1065.

47) S. Beck de iure emphyt. Cap. XV. §. 14. pag. 438. Richter Exposit. Authenticar. pag. 44.

48) Bachovius ad *Treutlerum* Vol. I. Disput. XXIX. Th. 12. Lit. B. pag. 1136. Beck cit. Tract. Cap. XVI. §. 6. vorzüglich

dern auch die verursachten Deteriorationen vergüten, und den rückständigen Canon noch bezahlen müsse[49]). Was die auf das emphyteutische Gut verwandte Unkosten und Meliorationen anbetrifft, so versteht es sich zwar, daß er wegen solcher keine Vergütung erhalte, die er vermöge der ihm obliegenden Pflicht machte. Nach der Strenge des Rechts hätte er aber auch die verloren, die er ohne Schuldigkeit machte[50]). Allein die Praxis läßt eine Vergütung der letztern zu, ohne Rücksicht, die Emphyteusis möge durch Schuld des Emphyteuta, oder ohne dieselbe ein Ende genommen haben[51]). Zuletzt kann sich die Emphyteusis

Grassus de reditu dominii legali §. 68. pag. 255. seqq. Viele behaupten indessen, daß der Emphyteuta die Früchte erst von der Zeit an restituire, da der Obereigenthümer erklärt hat, daß er das Gut einziehen wolle. S. *Elb.* Leoninus in Praelect. ad L. 2. Cod. de iure emphyt. nr. 13. bei Otto T. V. p. 664. Connanus in Commentar. iuris civ. T. II. Lib. VII. cap. 12. fol. 538. b. Voet h. t. §. 41. Malblanc Dig. P. II. §. 417. in fin. pag. 173.

49) *Nov.* 7. *cap.* 3. §. 2. *Nov.* 120. *cap.* 8. *Auth.* Qui rem. *Cod. de SS. Eccles.* Richter Exposit. Authenticar. ad Auth. cit. nr. 31. pag. 46.

50) *L.* 2. *C. de iure emphyt. Nov.* 120. *cap.* 8. Perez Praelect. in Cod. Lib. IV. Tit. ult. nr. 21. Richter Exposit. Authenticar. ad *Auth.* Qui rem *Cod. de SS. Eccles.* nr. 43. sqq.

51) Voet h. t. §. 52. Beck cit. Tr. Cap. XVI. §. 7. Hofacker T. II. §. 1066. Malblanc h. t. §. 417. in fin. Dabelow. §. 941.

III. auch durch die **Präscription** endigen, und zwar auf dreierlei Art[52]),

1) in der Person des ***domini directi***, wenn er seit 30 Jahren die Rechte eines vollständigen Eigenthums ohne Widerspruch des Emphyteuta in gutem Glauben ausgeübt hat. Z. B. er hat den Emphyteuta als bloßen Pächter behandelt, oder beim Absterben eines Emphyteuta in der Meinung, die Emphyteusis sey erloschen, das Gut ohne Widerspruch der Erben eingezogen.

2) In der Person des **Emphyteuten**, wenn derselbe sich ein vollständiges Eigenthum beilegt, dem Erbzinsherrn die Entrichtung des Canons in gutem Glauben verweigert, und der letztere 30 Jahre, oder wenn es eine Kirche ist, 40 Jahre dabei acquiescirt.

3) In der Person eines **Dritten**.

a) Wenn der Emphyteuta an solchen das Gut als sein freies Eigenthum veräußert, und dieser es in solcher Eigenschaft die gesetzliche Verjährungszeit hindurch ruhig und in gutem Glauben besessen hat.

b) Wenn der Herr sich weigerte, die von ihm geforderte cautio de damno infecto zu leisten, und der Impetrat darauf die missio in possessionem ex secundo decreto erhielt. Hier kann das Eigenthum durch eine praescriptio longi temporis erworben werden[53]).

52) Voet h. t. §. 47. Beck cit. Tr. Cap. XIV. §. 5. **Buri** Erläut. S. 221. Hofacker T. II. §. 1064. **Thibaut** über Besitz und Verjährung 2. Th. §. 60.

53) *L.* 15. §. 27. *D. de damno inf.*

## §. 617. und 618.

### Teutsche Zins- und Meiergüter oder Erbleihen. Unterschied derselben von römischen Emphyteusen.

So wenig es auch mit Grund geläugnet werden kann, daß es in Teutschland römische Emphyteusen gebe[54]), so sind doch unter den heutigen Bauerngütern bei weitem diejenigen häufiger, welche nach Verschiedenheit des dem Besitzer daran zustehenden Rechts, und der davon zu entrichtenden jährlichen Abgabe bald Zinsgüter oder Gülthöfe, bald Erbleihen oder Meiergüter genannt werden. Beide sind nun zwar von römischen Emphyteusen wesentlich verschieden, gleichwohl hat man schon im Mittelalter solche häufig mit einander vermischt. Um diese Verwirrung zu verhüten, ist noch von den teutschen Zins- und Erbleihgütern kürzlich zu handeln[55]). Soviel nun also

54) S. von Buri Erläuterung 4. Fortſ. S. 151. ff. Runde Grundſ. des allgem. teutschen Privatrechts §. 526. Hofacker T. II. §. 1075.

55) Man vergleiche v. Buri Erläuterung S. 105. ff. Brauns Abh. von den Zinsgütern in Teutschland (in den Erlang. Anzeigen auf das J. 1746. Nr. II. III. et VIII.) Hervé Theorie des matieres feodales et censuelles. Tom. V. (*Paris* 1786. 8.) Runde Grundſ. des teutschen Privatrechts §. 517. ff. Westphals teutsches Privatrecht. 1. Th. 35. Abhandl. Claproths Diss. de praediis rusticor. inprimis illis, quae Zins et Erbzinsgüter nostratibus audiunt. (in der Sammlung seiner Abhandlungen. S. 126. f.) und *Sim. Herm. de* Post Diss. de origine et natura iuris censitici hereditarii Germanor. *Goett.* 1789.

I. die teutschen Zinsgüter anbetrifft, so werden darunter im eigentlichen Sinn diejenigen Güter verstanden, an welchen den Besitzern bald ein völlig freies, bald nur ein unvollkommenes Eigenthum unter der Last eines jährlichen Zinses zusteht. Die Natur dieser Güter ist zwar in Teutschland sehr verschieden, indessen läßt sich doch, zur Unterscheidung derselben von den Emphyteusen, folgendes im Allgemeinen angeben.

1) Das Recht, welches den Besitzern an solchen Gütern zusteht, ist bald ein völlig freies, bald nur ein nutzbares oder unvollkommenes Eigenthum[56]).

2) Die jährliche Abgabe, welche von diesen Gütern entrichtet, und Zins (*census*) genannt wird, hat hier nicht blos Anerkennung eines dem Zinsherrn vorbehaltenen Obereigenthums zur Absicht, sondern der Zins kann von zweierlei Art seyn; entweder ein vorbehaltener (*census reservativus*), insofern er dadurch entsteht, daß der bisherige Eigenthümer bei Ueberlassung eines Grundstücks, zum Zeichen seines gehabten Eigenthums, oder eines beibehaltenen Obereigenthums, oder auch eines beibehaltenen wahren Grundeigenthums sich einen jährlichen Zins vorbehält, welchen der Empfänger und jeder Besitzer des Guts zur Anerkennung jenes Rechts, oder zum Bekenntniß und zur Vergeltung zugleich entrichten muß; oder ein aufgelegter Zins (*census constitutivus*), welcher ohne Ver-

56) Mehrere wollen dem teutschen Zinsmann gar kein Eigenthum, sondern nur ein Erbrecht einräumen, als von Buri a. a. O. S. 113. und Glasmacher Potior. differentiae inter emphyt. Rom. et Germ. pag. 23. Allein dies läßt sich nur von den teutschen Erbmeiern oder Erbpächtern behaupten.

änderung des Besitzers vom Eigenthümer selbst gewöhnlich zur Vergütung eines auf dem Grundstück stehenden Capitals dem Gläubiger auf dem Gute versichert worden ist, der also keine weitern dinglichen Rechte an das angewiesene Grundstück erhält, als welche die Sicherheit des aufgelegten Grundzinses erfordert[57]). Diese letztere Art des Zinses ist bei den Bauerngütern selten, und hat gewöhnlich ein verschleiertes Darlehn zum Grunde[58]). Doch kann auch durch Kauf, Schenkung oder Vermächtniß ein solcher Zins bestellet werden. Ist es dem Schuldner erlaubt, sein Grundstück, woran ihm hier immer das völlig freie Eigenthum zusteht, von der Last des darauf haftenden Zinses, gegen Zurückzahlung des Capitals zu befreien, so wird ein solcher Zins ein ablöslicher (*census redimibilis*), in dem entgegengesetzten Falle aber ein unablöslicher (*census irredimibilis*) genannt[59]). Der vorbehaltene Zins hingegen ist die gewöhnliche Zinsart, welche der Bauer einem Grund- oder Gutsherrn zu entrichten hat. Nicht selten wird dieser Zins zum Andenken der geschenkten Freiheit gegeben, wenn die Besitzer solcher

57) Von den verschiedenen Arten des Zinses handelt ausführlich von Buri S. 107. Man vergleiche auch *I. H.* Boehmer Diss. de vario censuum significatu et iure. *Halae* 1722. (in *Exercit. ad Pand.* T. II. pag. 964.) und Danz Handbuch des heutigen teutschen Privatrechts. 5. B. §. 505. u. ff.

58) S. Danz Handbuch 2. B. §. 203. a. u. b. und *Io. Iac.* Sorber Comm. de censu constitutivo s. mutuo palliato. *Ienae* 1746. 4.

59) S. Schröters vermischte jurist. Abhandlungen. 1. Band. S. 351. ff. und H. v. Trütschlers Versuch einer genauern Bestimmung des Rechts wiederkäuflicher und unablegliches Zinsen bei entstandenen Concursen. Altenburg 1777. 8.

Güter vormals Leibeigene waren [60]). Er kann übrigens entweder ein Naturalzins seyn, welcher in Feldfrüchten, und allerlei andern Sachen besteht, die durch die Landwirthschaft gewonnen werden, z. B. Eier, Butter, Hühner, Gänse; oder ein Geldzins; und entweder die Natur einer Vergeltung für die gewonnenen Früchte haben, oder nicht [61]).

3) Der Zinsvertrag erfordert in den meisten Territorien eine schriftliche Errichtung oder Verbriefung, dergleichen schriftliche Urkunden werden Handvesten genannt. Bei den Emphyteusen ist dieses, die kirchlichen ausgenommen, nicht wesentlich [62]).

4) Der Zinsmann, sofern ihm nicht das völlig freie Eigenthum am Gute zusteht, ist nicht befugt, das Zinsgut ohne Vorwissen und Einwilligung der Gutsherrschaft zu veräußern, oder auch nur zu verpfänden [63]), welches sich bei Emphyteusen ganz anders verhält.

5) Die Erbfolge in teutschen Zinsgütern ist zwar die gemeinrechtliche, doch werden die sogenannten Zins- oder Bauerlehen in Ansehung der Erbfolge nach dem Lehnrechte beurtheilt, indem nur die Descendenten des ersten Erwerbers, und zwar der Regel nach die männlichen mit Ausschluß der weiblichen succediren, nach deren Abgang die Güter der Gutsherrschaft wieder heimfallen [64]); da-

60) S. *Ioach.* Potgiesser Commentar. iur. germ. de statu servorum vet. atq. novo Lib. V. cap. 2. §. 43.

61) Danz Handbuch 5. B. §. 507.

62) Hofacker Princip. iur. civ. T. II. §. 1078. nr. I.

63) von Buri Erläuterung S. 118. Hofacker c. l. nr. II.

64) Danz Handbuch 5. Band. §. 520. und 525.

hingegen bei den römischen Emphyteusen alle Erben ohne Unterschied zur Erbfolge auf gleiche Art berechtiget sind.

6) Die Lehnwaare, welche hier in Geld oder Naturalien bestehen kann, je nachdem es bestimmt ist, wird bei diesen Gütern nicht nur in Veräußerungsfällen, sondern auch sehr häufig in Erbfällen, ja sogar bei der Veränderung des Gutsherrn gegeben[65]). Endlich

7) wegen unterlassener Zinsentrichtung findet, statt gänzlicher Einziehung des Gutes, gewöhnlicher eine bedungene Zinsbuße statt, welche, insoferne sie in einer Verdoppelung des rückständigen Zinses besteht, mit dem Namen des Rutscherzinses bezeichnet wird[66]). In Ermangelung besonderer Gesetze läßt jedoch der heutige Gerichtsgebrauch auch die Strafe der Privation eintreten, aber gewöhnlich nur in dem äußersten Falle, wenn alle richterliche Nachsicht vergeblich war[67]). Verschieden von den Zinsgütern sind

II. die Erbleih- oder Meiergüter. Man versteht darunter solche Güter, welche den Besitzern nicht eigenthümlich, auch nicht auf eine gewisse Zeit, sondern auf beständig zu einer erblichen Benutzung und Gebrauche gegen Entrichtung einer mit den Einkünften des Guts im Verhältniß stehenden jährlichen Abgabe oder Pachts, und Leistung gewisser anderer Bedingungen eingegeben worden sind[68]). Den Besitzern solcher Güter kommt

65) Hofacker Tom. II. §. 1078. nr. III.

66) S. Danz Handbuch 5. B. §. 513. von Buri Erläuterung S. 124. ff.

67) von Buri S. 129. f. Runde Grundſ. des teutschen Privatrechts §. 514. Danz a. a. O. §. 514. S. 285. und Westphals teutsches Privatrecht 1. Th. Abh. 36. Anmerk. 9.

68) S. Struben Comm. de iure villicorum. Joh. Ad. Kopps Proben des teutschen Lehnrechts 1. Th. Nr. VI. S. 269. ff. Jac. Kochs histor. jurist. Abhandl. über Geschichte, Natur und rechtl. Beschaffenheit der Erbleihen oder Erbpächte. Mainz 1791. 4. Westphals teutsches Privatrecht 1. Th. 39. Abh. Ayrer Diss. de diversitate iuris emphyt. et villaris Sect. II.

1) nur ein erbliches Nutznießungsrecht, also zwar ein dingliches Recht, aber kein nutzbares Eigenthum zu.

2) Der Erbleihvertrag wird mittelst eines vom Herrn ertheilten Leihbriefes vollzogen.

3) Der Erbpächter muß das Gut im Bau und Besserung erhalten.

4) Veräußern darf er die Erbleihe nur mit Vorwissen und Genehmigung der Herrschaft. Auch die Verpfändung kann nur mit Einwilligung derselben gültig geschehen. Aufkündigen aber kann er die Erbleihe nach Willkühr.

5) Erbleihgüter gehen nur auf die Leibeserben des ersten Erwerbers, wofern nicht durch die Clausel: Erben und Erbnehmen oder sonst ein Anderes verabredet worden ist.

6) Sie müssen in Veränderungsfällen, nicht nur wenn die Veränderung den Erbpächter betrifft, sondern auch oft wenn die Gutsherrschaft verändert wird, ja zuweilen auch auf gewisse bestimmte Jahre erneuert, und herkömmlich ein Handlohn deshalb entrichtet werden.

7) Wegen Säumniß in Entrichtung der jährlichen Abgabe findet Einziehung des Gutes (Abmeierung) Statt, und diese bindet sich gewöhnlich nicht an die bei den römischen Emphyteusen bestimmten Termine. Doch läßt man in Ermangelung anderer Bestimmungen die Analogie der letztern eintreten, und erfordert eine zwei oder drei Jahr lang dauernde Säumniß. Es hat aber auch purgatio morae Statt, so lang der Herr noch nicht geklagt, und das Gut aufgekündiget hat*).

## §. 619.

Für welches Gut streitet im Zweifel die Vermuthung?

Ueber die Frage, ob ein Grundstück im Zweifel für ein emphyteutisches, oder für ein Zinsgut, oder für eine

pag. 49. sqq. Joh. Heinr. Eberhards Beiträge zur Erläuterung der teutschen Rechte 1. Th. S. 175. ff. und Danz Handbuch des teutschen Privatrechts 5. B. §. 527.

*) S. *Alb. Phil.* Frick Diss. de iure expellendi villicum ob moram in solvenda annua pensione factam. *Helmst.* 1794.

bloße Erbleihe zu halten sey, sind die Rechtsgelehrten verschiedener Meinung. Hellfeld geht von dem Grundsatz aus, die Uebertragung eines Eigenthums wird im Zweifel nicht vermuthet. Man muß also das Gut im Zweifel eher für ein Erbpacht- oder Erbleihgut, als für ein Zins- oder Erbzinsgut halten. Wäre aber das Eigenthum des Besitzers außer Zweifel, und es wird blos über die Qualität desselben gestritten, ob es ein emphyteutisches oder teutsches Zinsgut sey, so müsse man für ersteres eher als für letzteres vermuthen[69]). Allein andere[70]) behaupten, daß ein Grundstück im Zweifel eher für ein teutsches Zinsgut als für eine römische Emphyteuse zu halten sey. Ich kann keiner von diesen Meinungen unbedingt beitreten, sondern unterscheide so. Entweder es ist über das Eigenthum des Besitzers, der von seinem Gut alle Jahr eine Abgabe entrichtet, ein Streit, oder nicht, sondern es wird blos über die Qualität des Eigenthums, ob ihm das volle oder nur das nutzbare Eigenthum daran zustehe, gestritten. Im ersten Falle stimme ich unserm Verfasser bei, besonders wenn, wie bei den Erbleihen der Fall ist, die jährliche Abgabe im Verhältniß mit den Früchten des Gutes steht[71]). Allein in dem letztern Falle ist wieder zu unterscheiden. Es kann entweder ausfindig gemacht werden, wer ehemals das vollkommene Eigenthum des in Frage stehenden Grundstücks gehabt hat, derjenige, der die Abgabe zahlt, oder

69) Eben dieser Meinung sind auch Valascus in Tr. de iure emphyt. Qu. 32. Nr. 35. Wernher Observat. select. for. T. I. P. IV. Obs. 85. Hofacker T. II. §. 1068.

70) Menochius de Praesumtionib. Lib. III. Praes. 106. nr. 3. sq. Schilter Prax. Iur. Rom. Exerc. XVI. §. 84. Leyser Meditat. ad Pand. Specim. CII. medit. 2. Kind Quaest. for. T. I. cap. 98. pag. 371. Westphal teutsches Privatrecht. 1. Th. Abh. 36. S. 404. *Wilh. Frid.* Hombergk zu Vach Diss. de concursu praesumtionum. (*Marb.* 1734.) §. 23. sqq. u. *Car. Frid. Imman.* Schilling Diss. de fundo, annuo censu onerato, pro emphyteutico in dubio haud praesumendo. *Erfordiae* 1804.

71) S. Ayrer Diss. de diversit. iuris emphyt. et villar. Sect. II. §. 7. und Strubens rechtl. Bedenken 3. Th. Bed. 147.

derjenige, welcher sie empfängt, oder es ist dies nicht zu eruiren. Im ersten Falle, wenn bewiesen werden kann, daß das vollkommene Eigenthum ehemals bei der Familie desjenigen gewesen, welcher das Grundstück noch jetzt besitzt, und den jährlichen Zins davon entrichtet, so ist zu vermuthen, daß das Gut ein Zinsgut sey, woran dem Besitzer noch jetzt das völlig freie Eigenthum zusteht. Denn eine Aenderung des Rechtstitels wird nicht vermuthet[72]). Kann hingegen derjenige, welcher die jährliche Abgabe empfängt, beweisen, daß das vollkommene Eigenthum ehemals bei seiner Familie gewesen, so ist im Zweifel eher zu vermuthen, daß dem Besitzer blos ein nutzbares als vollständiges Eigenthum übertragen worden sey, weil man im Zweifel immer annehmen muß, daß sich der vorige Eigenthümer so wenig als möglich von seinen Rechten habe vergeben wollen[73]). **Semper in obscuris, quod minimum est, sequimur**[74]). Ist keins von beiden zu erweisen, so ist für den Contract zu präsumiren, der an dem Orte der gewöhnlichere ist, und wenn auch dies nicht auszumachen wäre, so ist alsdann dasjenige zu vermuthen, was dem Besitzer am vortheilhaftesten ist. Denn kann Niemand ein besseres Recht darthun, so muß für den Besitzer gesprochen, und im Zweifel angenommen werden, daß ihm ein völlig freies Eigenthum an dem Gute zustehe[75]).

72) Würth Diss. de emphyteusi Meletem. 1.

73) *Franc.* Alef Diss. de emphyteusi. Cap. V. §. 53. (in Eius *diebus academ.* Diss. XIII. pag. 440.) Frantzkius de laudemiis Cap. X. nr. 88.

74) *L.* 9. *D. de reg. iuris. Cap.* 30. *de reg. iuris in* 6*to.*

75) *L.* 128. *pr. D. de div. reg. iur.* Würth cit. loc. pag. 3.

derjenige, welcher sie empfängt, oder es ist dies nicht zu eruiren. Im ersten Falle, wenn bewiesen werden kann, daß das vollkommene Eigenthum ehemals bei der Familie desjenigen gewesen, welcher das Grundstück noch jetzt besitzt, und den jährlichen Zins davon entrichtet, so ist zu vermuthen, daß das Gut ein Zinsgut sey, woran dem Besitzer noch jetzt das völlig freie Eigenthum zusteht. Denn eine Aenderung des Rechtstitels wird nicht vermuthet[72]). Kann hingegen derjenige, welcher die jährliche Abgabe empfängt, beweisen, daß das vollkommene Eigenthum ehemals bei seiner Familie gewesen, so ist im Zweifel eher zu vermuthen, daß dem Besitzer blos ein nutzbares als vollständiges Eigenthum übertragen worden sey, weil man im Zweifel immer annehmen muß, daß sich der vorige Eigenthümer so wenig als möglich von seinen Rechten habe vergeben wollen[73]). Semper in obscuris, quod minimum est, sequimur[74]). Ist keins von beiden zu erweisen, so ist für den Contract zu präsumiren, der an dem Orte der gewöhnlichere ist, und wenn auch dies nicht auszumachen wäre, so ist alsdann dasjenige zu vermuthen, was dem Besitzer am vortheilhaftesten ist. Denn kann Niemand ein besseres Recht darthun, so muß für den Besitzer gesprochen, und im Zweifel angenommen werden, daß ihm ein völlig freies Eigenthum an dem Gute zustehe[75]).

72) Würth Diss. de emphyteusi Meletem. 1.

73) *Franc.* Alef Diss. de emphyteusi. Cap. V. §. 53. (in Eius *diebus academ.* Diss. XIII. pag. 440.) Frantzkius de laudemiis Cap. X. nr. 88.

74) *L.* 9. *D. de reg. iuris. Cap.* 30. *de reg. iuris in* 6*to.*

75) *L.* 128. *pr. D. de div. reg. iur.* Würth cit. loc. pag. 3.

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Glück, Christian Friedrich <<von>>, / Mühlenbruch, Christian Friedrich, /
Fein, Eduard,

Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar

Bd.: 8,2

Erlangen 1847

J.rom.c. 137 b-8,1/2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10565480-0
VD18 10657126-002